

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



INEXISTENCIA DE PLAZO ESPECÍFICO, PARA LA
RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA EN OBRAS
PÚBLICAS, DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

AUTORA

LILIANA DEL MILAGROS DÍAZ MONTENEGRO

ASESOR

Mgtr. PERCY ORLANDO MOGOLLÓN PACHERRE

Chiclayo, 2019

Dedicatoria

Dedico esta investigación, al amor de mi familia; al desvelo de mi madre, a la lucha constante de mi padre y a la confianza de mi hermano; quienes, me brindan la suficiente seguridad, para alcanzar mis metas.

RESUMEN

La presente investigación, se basa en la inexistencia de plazo específico para la responsabilidad del contratista en obras públicas, en el periodo de prueba; la cual parte de la línea de investigación, de contrataciones estatales: retos y propuestas para su mejor regulación. Más aún, si consideramos que en la nueva ley de contrataciones del Estado Ley 30225, no existe ninguna norma que establezca un plazo para poder exigir o establecer responsabilidad en el contratista.

Por ello, se ha optado por dividir a nuestra investigación, en tres capítulos el primero de ellos, denominado: Los contratos administrativos y, en especial el contrato de obras públicas; el segundo: Proceso de contratación y responsabilidad contractual en los contratos de obras públicas y finalmente el tercer capítulo denominado: Ámbito del plazo de responsabilidad contractual en el contrato de obras públicas.

El motivo de nuestra investigación, se basa en que es frecuente escuchar que el desarrollo de un país se puede medir, por el desarrollo de la infraestructura de servicios públicos. Es por eso que el Estado a través de la administración pública, puede celebrar ciertos contratos de carácter público con los privados, para que de esa manera pueda lograr sus fines.

Sin embargo, pese a la gran inversión que realizada el Estado, a través de las Entidades competentes, no se ha logrado un resultado adecuado y sobre todo duradero, después de la ejecución, entrega y liquidación de una obra.

Con lo que podemos concluir, que es necesario una mejor y específica regulación respecto a la responsabilidad del contratista durante un periodo de prueba, debido a la vida útil del bien y a la finalidad para lo cual fue construido, ya que la ejecución de infraestructuras, son un pilar importante para el desarrollo nacional.

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad contractual, Contrataciones del Estado, Contratos Administrativos, Periodo de Prueba, Contratista.

ABSTRACT

The present investigation is based on the lack of specific deadline for the responsibility of the contractor in public works, during the trial period; which part of the research line, state procurement: challenges and proposals for better regulation. Moreover, if we consider that in the new law of contracting of the State Law 30225, there is no rule that establishes a deadline to be able to demand or establish responsibility in the contractor.

Therefore, we have chosen to divide our research into three chapters, the first of which is called: Administrative contracts and, especially, the public works contract; the second: Contracting process and contractual responsibility in public works contracts and finally the third chapter called: Scope of the term of contractual responsibility in the public works contract.

The reason for our research is based on the fact that it is common to hear that the development of a country can be measured by the development of the infrastructure of public services. That is why the State, through the public administration, can enter into certain contracts of a public nature with the private ones, so that in this way it can achieve its ends.

However, despite the large investment made by the State, through the competent entities, an adequate and especially lasting result has not been achieved after the execution, delivery and liquidation of a work.

With what we can conclude, it is necessary a better and specific regulation regarding the responsibility of the contractor during a trial period, due to the useful life of the good and the purpose for which it was built, since the execution of infrastructures, are an important pillar for national development.

KEYWORDS: Contractual responsibility, State Contracting, Administrative Contracts, Trial Period, Contractor.

ÍNDICE

DEDICATORIA	II
RESUMEN	III
ABSTRACT	IV
INTRODUCCIÓN	VIII
CAPÍTULO 1: LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, EN ESPECIAL EL CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS	12
1.1. LA TEORIZACIÓN DE LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO UN CONTRATO REGIDO POR EL DERECHO PÚBLICO	12
1.2. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	21
A. Libertad de concurrencia	23
B. Igualdad de trato	25
C. Transparencia	26
D. Publicidad	29
E. Competencia	31
F. Eficacia y eficiencia	32
G. Vigencia tecnológica	34
H. Sostenibilidad ambiental y social	35
I. Equidad	38
J. Integridad	40
1.3. ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	41
A. Sujetos: El Estado Contratante – El Contratista	42
a. El Estado Contratante	43
b. El contratista	45
B. Objeto	48
C. Causa	49
D. Forma	50
CAPÍTULO 2: PROCESO DE CONTRATACIÓN Y RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS	53

2.1 DESARROLLO ABREVIADO DE LOS COMPONENTES DEL PROCESO DE CONTRATACIONES	53
A. Procedimientos de selección clásicos, respecto de las obras públicas	56
a. Licitación pública	57
b. Concurso público	58
c. Adjudicación simplificada	58
2.2 EL CONTRATO DE OBRAS, MEDIANTE LICITACIÓN PÚBLICA	59
A. Etapas para llevar a cabo una licitación pública	62
a. Convocatoria	65
b. Registro de participantes	66
c. Formulación de consultas y observaciones	66
d. Absolución de consultas, observaciones e integración de bases	68
e. Presentación de ofertas	70
f. Evaluación de ofertas	71
g. Calificación de ofertas	73
h. Otorgamiento de la buena pro	75
2.3 EJECUCIÓN CONTRACTUAL DE LAS OBRAS PÚBLICAS	76
2.4 ÓRGANOS RESPONSABLES DE LA CONTRATACIÓN DE OBRA	89
2.5 RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA ANTE EL PERIODO DE PRUEBA POR VICIOS OCULTOS	93

CAPÍTULO 3: ÁMBITO DEL PLAZO DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS

3.1 EL PLAZO DE EXTENSIÓN DE RESPONSABILIDAD REGULADO EN LA LEY	98
3.2 PLAZO DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA: ESPAÑA	100
3.3 ¿ES SUFICIENTE EL PLAZO DE RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA REGULADO EN LA LEY?	103
3.4 ¿QUIÉN DEBE FIJAR EL PLAZO DE RESPONSABILIDAD: LAS BASES ADMINISTRATIVAS O LA LEY?	106
3.5 CRITERIOS PARA FIJAR EL PLAZO MÁXIMO DE PERIODO DE PRUEBA O RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA	108
A. Vida útil del bien	108

B. Utilidad pública (finalidad para lo que fue construido el bien) _____	110
CONCLUSIONES _____	113
BIBLIOGRAFÍA _____	115

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de un país se puede medir, por el perfeccionamiento de la infraestructura de servicios públicos y el Estado, a través de la administración pública, puede celebrar ciertos contratos de carácter público con los privados, para que de esa manera pueda lograr sus fines sociales.

El Perú, aún carece de infraestructura necesaria para poder lograr altos niveles de desarrollo; es por eso, que en su rol de promotor de inversión que le corresponde, ha implementado diversas garantías para favorecer a la inversión privada.

Para citar un claro ejemplo, nuestro país, a través del Ministerio de Economía y Finanzas, tiene entre una de sus funciones la promoción para la incorporación de inversión privada en servicios públicos y obras públicas de infraestructura a través de Asociaciones Público – Privadas, en base a iniciativas públicas y privadas de competencia nacional.

Nuestro Estado, además de fomentar la inversión privada, también busca garantizar y proteger la inversión de los privados; pero cabe preguntarse, qué sucedería si los privados no cumplen con lo que se han obligado en el contrato, que constituye el objeto del contrato derivada de un actuar doloso o culposos.

Sobre el particular, nuestra legislación ha regulado la potestad sancionadora en las contrataciones públicas. Esta potestad, consiste en un poder de actuación que ejercitándose de acuerdo con el ordenamiento jurídico, puede generar situaciones que obligan a otros sujetos.

Pero para que la administración pueda ejercer su potestad sancionadora, estas infracciones solo pueden constituirse como tal, aquellas que están expresamente reguladas en la Ley y el Reglamento de Contrataciones, mediante un previo procedimiento y comprobación de la existencia de dicha infracción, en estricto cumplimiento del principio de tipicidad y legalidad que se exige para la imposición de sanciones.

Específicamente, sobre la responsabilidad del contratista, según el artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado, no termina con la entrega de la obra a la Entidad, sino que, una vez recibida ésta responde por la calidad del objeto del contrato, prescribiendo: *“El contratista es responsable de ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo, de acuerdo a lo establecido en el contrato. En los contratos de ejecución de obra, además, se debe cumplir lo dispuesto en los numerales 2) y 3) del artículo 1774 del Código Civil.*

... En el caso de obras, el plazo de responsabilidad no puede ser inferior a siete (7) años, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda.

Los documentos del procedimiento de selección establecen el plazo máximo de responsabilidad del contratista”.

Con ello, podemos notar que el ámbito y alcance de la responsabilidad del contratista de obras, en nuestra legislación, no termina con la culminación y recepción por la Entidad contratante; hay un plazo de garantía, pero se entiende de lo regulado, que dicho plazo, se establecerá en las bases del procedimiento de selección, el cual no será menor a siete años; pues al parecer, este requisito tiene carácter insuficiente ya que queda al libre criterio del comité de selección, que se encarga de redactar las bases.

Sumado a ello, al inicio del artículo nos remite supletoriamente a lo regulado en el Código Civil; sin embargo, no estamos de acuerdo con ello, pues los contratos que celebra la Administración Pública, con un postor; son muy distinto a los celebrados por particulares respecto a la ejecución de obras, pues claramente se puede evidenciar que los montos utilizados, el objeto y el fin que tienen son totalmente distintos.

Por lo que, la presente tesis, intentará responder a la siguiente pregunta: ¿Es adecuado el plazo de responsabilidad del contratista en los contratos de obras públicas de gran envergadura?

Para dar respuesta a la pregunta planteada, se trabajará en la línea de investigación de las contrataciones estatales: retos y propuestas para su mejor regulación, escogiendo como tema: Inexistencia de plazo específico para la responsabilidad del contratista en obras públicas, durante el periodo de prueba.

Con ello, nos preguntaríamos, ¿por qué el Estado promueve toda esta inversión, cuál es el beneficio? La respuesta es sencilla. Gracias a estas estrategias que tiene el Estado se cumplirá con desarrollar y ejecutar obras para satisfacer algunas de las necesidades sociales tales como: carreteras, hospitales, universidades, colegios, etc., ya que la población encuentra muchas veces cierta insatisfacción frente a los servicios públicos; por eso, nuestro país ahora se encuentra acogido a una nueva forma de gestión, la denominada Gestión por resultados.

Por otra parte, en cuanto al resultado de la ejecución de la obra, en varios casos toca hacer frente a diversos desperfectos injustificados que, a corto plazo, termina por hacer evidente, la mala ejecución de la obra.

Por lo que, el alcance de la responsabilidad del contratista en la normativa, no se extingue con la culminación y recepción de la obra por la Entidad contratante; posterior a este suceso, empezará el denominado periodo de garantía o de prueba, de carácter garantista por un tiempo determinado, el cual ayudará a demostrar que la obra pública se llevó a cabo con todos los requisitos de calidad necesaria para utilidad de la ciudadanía.

Pese a ello, creemos que nuestra legislación ha tomado de manera general y apresurada la determinación de este plazo, dejando a criterio del Comité de Selección, el establecimiento de este periodo, pese a que, como se ha venido señalando, esta inversión que realiza el Estado tiene un carácter económico elevado.

Más de una vez, se ha evidenciado el pésimo resultado de la obra, que da origen a una controversia entre la administración y el contratista, que por cierto, primero se tiene que probar el perjuicio injustificado para que después puedan ir a conciliación o arbitraje.

Todo este proceso, podría ser evitado, si se estableciera específicamente los plazos para cada tipo de obra o para cada monto invertido; además, sería favorable tanto para el contratista como para la Administración. En términos sencillos, se podría sugerir la creación de una tabla o una escala para establecer el plazo en función de los montos del contrato y de la naturaleza de la obra.

Por lo que, nos hemos planteado como objetivo general: Especificar el plazo de responsabilidad de los contratistas de obras públicas de gran envergadura, debido a la insuficiencia de criterios técnicos jurídicos para el planteamiento y elaboración de las bases administrativas.

Así también, como objetivos específicos los siguientes: Identificar el rol de los órganos de supervisión de la obra durante su ejecución para un buen resultado. Describir y analizar las garantías que brinda el Estado a los inversionistas privados para que estos produzcan un buen resultado y no exista justificación razonable para que el resultado de la obra se deteriore a corto plazo. Analizar e identificar los alcances de la responsabilidad del contratista en obras públicas de gran envergadura, teniendo en cuenta que son elementos fundamentales para el desarrollo estatal.

CAPÍTULO 1

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, EN ESPECIAL EL CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS

1.1. La teorización de la figura del contrato administrativo como un contrato regido por el Derecho Público

El Estado, en su rol garantista tiene la obligación de satisfacer servicios públicos básicos de sus habitantes; es por ello, que su objetivo principal es el de abarcar dichas necesidades, garantizar la convivencia y la paz social, además del desarrollo estatal. Es por eso, que en varias ocasiones recurre a la Contratación Administrativa, para lograr un mejor desarrollo, en lo que se refiere a infraestructura de servicios públicos, esenciales para la satisfacer las necesidades de los ciudadanos.

Así, el contrato administrativo, es una herramienta que permite al Estado lograr fines sociales; porque es por medio de éste, que consigue llegar a un acuerdo con un particular, para prestar servicios o ejecutar una obra; es así, que para alcanzar dichos objetivos, deberán ser programados previamente por la gestión pública.

Si mencionamos todo ello, es porque obviamente, en el Perú, la figura del contrato de la Administración Pública está incorporada en nuestro ordenamiento normativo. Sin embargo, al revisar diversas fuentes de información, estamos muy seguros de que no hay un acuerdo doctrinario, ni legislativo en cuanto a su denominación; es así, que en ocasiones se le denomina “Contratos Administrativos”, “Contratos del Estado”, “Contratos Públicos”, “Acuerdos Administrativos”, “Contratos de la Administración” y “Contratos en la Función

Administrativa”. En ese sentido, en la presente investigación hemos optado por denominarlo indistintamente “Contratos Administrativos” o “Contratos de la Administración”.

Ahora bien, como mencionábamos en un inicio, para que el Estado pueda cumplir con todas las necesidades que una sociedad demanda, deberá recurrir a un contrato administrativo, que en su gran mayoría, estos contratos son pactados con privados, ya que en algunas ocasiones el Estado no se los puede proveer de por sí; es por eso, que el privado se convierte en su principal proveedor, sin dejar de tomar en cuenta al principio de subsidiariedad.

Es por eso, que “La gran inmensidad de los clientes o proveedores del Estado provienen del Sector Privado un grupo pequeño del Sector Público; en ambas contrataciones las obligaciones de las partes que suscriben los contratos se asemejan a un contrato privado. Sin embargo, tratándose de contratos que se financian con el erario del Sector Público, es decir, con el dinero de todos los peruanos, así como también del uso y explotación de los bienes y servicios del Estado, deben obligatoriamente tener determinadas características y una regulación que se encuentra sometida a ciertas formalidades”¹.

Para alcanzar el desarrollo, el Estado realiza la actividad presupuestaria, que implica la existencia previa de una necesidad o requerimiento de la administración pública y esta actividad, cuenta con un presupuesto proveniente de los fondos públicos.

Sin embargo, con todo lo descrito y adelantándonos brevemente ante lo mencionado la característica esencial y tal vez la que marca la total diferencia del contrato administrativo es al parecer el contenido diferente, o sea que se encuentra ligado a la noción del servicio público que es lo característico de un Estado democrático. Como se mencionaba párrafos atrás, no existe un acuerdo doctrinario y tampoco normativo en cuanto a la denominación, pero que nos fue sencillo optar por una u otra, pues todas hacen referencia a un contrato, que es celebrado por el Estado (administración pública); pero, distinto es el caso para su conceptualización

¹ FALEN INCHÁUSTEGUI, Óscar. “Los Contratos Administrativos y sus modificaciones”, *Revista Jurídica del Perú*, tomo 123, mayo 2011, 81.

del contrato administrativo, puesto que no podemos apresurarnos y mencionar tal vez que “...el contrato administrativo es una categoría abstracta y genérica,...una figura jurídica que en sentido estricto significa acuerdo de voluntades generador de obligaciones”². O tal vez, equiparlos con los contratos civiles y apenas señalar diferencias entre ellos.

De esa misma manera, CASSAGNE asegura: “si bien el fenómeno de la contratación pública durante cierta etapa, fue descrito como un sistema radicalmente opuesto al de la contratación privada, muchas veces no se ha reparado en la circunstancia de que lo público y lo privado son categorías históricas que van formando conceptos jurídicos relativos, los cuales no siempre pueden encapsularse en formulaciones rígidas ni unitarias”³.

MORAGA KLENNER por su parte nos menciona que “el contrato fue en la Edad Media una institución jurídica universal, desde el momento en que las relaciones de fuerza se reemplazaron por las relaciones jurídicas entre los privados y la autoridad administrativa”⁴.

Otro autor como SILVA CIMA, define también al contrato administrativo como un “negocio o acto jurídico bilateral celebrado entre la Administración Pública y un particular, que, en tanto persiguen un fin público, se encuentran sometidos a normas de derecho público”⁵.

Consideremos también, a la concepción dualista o clásica del contrato administrativo; esta postura menciona, que “... existirían por un lado, “contratos administrativos”; y, por el otro, “contratos privados de la Administración”, los que se diferenciarían tanto por su naturaleza como por su régimen jurídico”⁶, hay quienes opinan que, esta teoría tiene su origen en el Derecho Francés, pues ésta servía

² Cfr. DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*, Tomo II, 8° edición, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2000, 101.

³ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fondo editorial de Derecho y Economía, 2011, 356.

⁴ MORAGA, KLENNER, Claudio. *Contratación Administrativa*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2007, 25.

⁵ Cfr. SILVA CIMA, Enrique. *Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos, Contratos y Bienes*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1997, 174.

⁶ Cfr. MARTÍN TIRADO, Richard J. *El libramiento estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú* [ubicado el 01 de XI de 2015]. Obtenido en file:///C:/Users/admin/Downloads/9386-37163-1-PB.pdf.

como un "...criterio de distinción a efectos de repartir competencias entre la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción ordinaria"⁷.

Contrarias a estas posturas, hay quienes refieren que los contratos administrativos tienen relación directa con los servicios públicos y PATRON FAURA y otro, citando a FORTUNATO SÁNCHEZ RAMÍREZ, señala "El contrato administrativo es un acto de declaración de voluntad común, productor de efectos jurídicos entre un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa y particular u otro ente estatal"⁸.

Desde una perspectiva iusnaturalista, en referencia a los seres humanos sabemos, que nos hemos organizado progresivamente a lo largo de la historia y así hemos ido celebrando sucesivamente grandes pactos sociales, unos mejores y más justos que otros tal vez, todos éstos de acuerdo a la época y contexto social en que las personas se encontraban, los cuales hoy en día se ven reflejados modernamente en las Constituciones Políticas de los Estados democráticos, como el nuestro por ejemplo.

En ese sentido, como consecuencia de los grandes cambios históricos progresivos, se produjeron efectos simultáneos; "...uno de ellos es el surgimiento de la sociedad, que es el conjunto de vínculos que relaciona a las personas con una finalidad central y clara, como es la de cumplir determinadas metas programáticas y hacer realidad determinados valores que interesan a toda la Sociedad; tales como la justicia, la distribución de la riqueza, el desarrollo de la cultura, la solidaridad, el desarrollo de infraestructura económica y social, el desarrollo equilibrado del país, el desarrollo de la cultura, entre otros..."⁹.

Y como es de notar, en nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo con la estructura estatal y por ser un Estado social, democrático y de derecho, toda esta unidad de poder, se ve reflejada en la división de poderes estatales, de acuerdo a la investigación que venimos realizando, debemos ocuparnos de la cuota de poder que radica en la Administración Pública.

⁷Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo. I*, 10ª edición, Madrid, CIVITAS, 2001, 674.

⁸ PATRON FAURA, Pedro y PATRÓN BEDOYA, Pedro. *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú*, quinta edición, Lima, Grijley, 1996, 309.

⁹ ESTEBAN, Claudia. *La teoría de los Contratos Administrativo* [ubicado el 12.VII del 2016]. Obtenido en http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo83/files/2011_-_04_-_03_Esteban.pdf.

Específicamente, el poder en la Función Administrativa, consiste en concretar los fines del poder; es decir, hacer realidad lo decidido en cualquiera de los poderes del Estado. Es por ello que siguiendo nuevamente a SALAZAR CHÁVEZ, nos menciona que la Función administrativas, tiene, a su vez, cinco maneras básicas de manifestarse, que son las siguientes:

- “La emisión de normas jurídicas con naturaleza de reglamento material, a través de la forma jurídica Reglamento; siguiéndose para el efecto el procedimiento reglamentario.
- La emisión de declaraciones de efectos jurídicos individuales, a través de la forma jurídica Acto Administrativo, siguiendo para ello el denominado procedimiento administrativo.
- La organización interna de las entidades de la Administración Administrativa, a través de la forma jurídica Acto de Administración Interna, que tiene diversas manifestaciones, según sea el sistema administrativo de que se trate y que también implica seguir diversos procedimientos de administración interna.
- La contratación administrativa, a través de la forma jurídica Contrato de la Administración Pública, para lo cual deberá seguirse el correspondiente procedimiento de contratación administrativa, según sea el objeto contractual.
- La ejecución material, configurando la forma jurídica Hecho Administrativo: Este es muy diversificado y se configura siguiendo técnicas de ejecución, según pautas expresadas en normas o asignadas en su determinación a la discrecionalidad fundamentada de quien tiene a su cargo la realización de tales acciones materiales”¹⁰.

Como puede apreciarse, con respecto a lo que este autor nos ha mencionado respecto a la función administrativa, tenemos que el Contrato de la Administración Pública dentro de la manifestación del poder, se ubica como la forma jurídica administrativa que corresponde a una de las manifestaciones de la Función Administrativa.

¹⁰ Ibídem.

En ese sentido, cuando se produce la contratación administrativa, en dicho acontecimiento está presente el poder a través de la Función Administrativa de éste; lo cual lógicamente implica que será de aplicación un conjunto de principios y normas de Derecho Administrativo para regular el conjunto de relaciones que da lugar la referida contratación. Por lo tanto, al participar en la contratación pública debemos ser conscientes que estamos en contacto con el poder y ello implica una diferencia radical con los contratos privados.

Así de acuerdo a lo citado por ALVARADO, quien ha tomado con referencia lo mencionado por LINARES, donde señala a dos sistemas o modos de contratación estatal que enfoca el Estado: "... el primero referido a la escogencia libre del co-contratante sin procedimiento alguno, limitado solo al recto criterio del funcionario responsable, el cual deberá actuar basándose en razones de oportunidad y eficiencia... El segundo sistema consiste, en cambio, en que el Estado deberá elegir a su co-contratante mediante la aplicación de un procedimiento especial, convocando públicamente la participación de los ofertantes, los que deberán competir entre sí de acuerdo a sus condiciones preestablecidas"¹¹.

Con ello, no podríamos apresurarnos y decir que la Administración Pública se podría aprovechar y ejerce un poder abusivo con el contratista, puesto que la Administración más bien garantiza y protege la inversión privada, prueba de ello tenemos que nuestra Constitución Política, busca equilibrar las mismas condiciones de tratamiento legal con las empresas inversionistas privadas y también con las extranjeras. Así, también tenemos la "Ley marco para el crecimiento de la inversión privada, Decreto Legislativo N° 757, se establecen los principios que garantizan las inversiones privadas en todos los sectores de la actividad económica y en las diferentes formas empresariales o contractuales que están permitidas por nuestra constitución y las leyes vigentes"¹².

De esta manera, se demuestra que el Estado no ejerce un poder absoluto a través de la contratación pública, pues el poder que se le ha atribuido se desarrolla dentro

¹¹ ALVARADO, Karina. *El sistema de Contratación Estatal en el Perú*, 2004 [ubicado el 30.X de 2015]. Obtenido en http://www.gestionpublica.org.pe/plantilla/practx09//contrat_estado/2007/compest_07_1.pdf.

¹² RODRÍGUEZ ALFARO. "El Derecho de las Concesiones", *De la mano con la Inversión*, N° 370, 13-22.

de ciertos principios; "...principios integrantes de la cláusula del Estado de Derecho que afectan de modo directo a las Administraciones públicas: el principio de legalidad, el principio de tutela judicial y el principio de garantía patrimonial"¹³.

Sin embargo, debemos tener en cuenta, si el contratista privado incumple con lo pactado de una manera injustificada, la administración pública cuenta una con potestad sancionadora en las contrataciones públicas. Esta potestad, "consiste en un poder de actuación que ejercitándose de acuerdo con el ordenamiento jurídico, puede generar situaciones que obligan a otros sujetos; es aquella situación de poder genérico, no determinado a priori, posibilita a su titular a imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o del estado material de las cosas existentes"¹⁴. Para ello, estas infracciones solo pueden constituirse como tal, solo cuando se encuentren expresamente reguladas en la Ley o el Reglamento de Contrataciones Públicas, probados ante un previo procedimiento. Como se puede observar, el Estado tiene también límites para poder hacer un uso adecuado de su poder sancionador.

Así también, afirma LINARES que, "La potestad sancionadora que posee la administración en el campo de la ejecución contractual es incluida o considerada correlativamente a la prerrogativa de dirección y control, siendo el medio por el cual se asegura la correcta ejecución del contrato, constituyendo justamente, esto último, la esencia de la prerrogativa. Se privilegia a ello por sobre la represión de un hecho u omisión y la búsqueda de una indemnización"¹⁵.

Por otra parte, dentro de la Función Administrativa, encontramos también que la contratación es una de sus manifestaciones, a la que corresponde el contrato administrativo como figura jurídica administrativa. Ello implica, a su vez, seguir un procedimiento de naturaleza administrativa, el cual es denominado como Procedimiento de Contratación Administrativa, el cual nos sirve como un referente más para ser diferenciado del contrato privado.

¹³SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid, Ramón Areces, 1991, 194.

¹⁴MALJAR, Daniel. *El Derecho Administrativo Sancionador*, Ad hoc, Buenos Aires, 2009, 33.

¹⁵LINARES JARA, Mario. *Contratación Pública. Derecho Local. Internacional y de la Integración*, Lima, Grijley, 2008, 187.

Con todo lo desarrollado, tal vez no sea suficiente para distinguir entre un contrato administrativo de un contrato civil o privado, puesto que al fin y al cabo, la noción de Contrato, como categoría jurídica general que se extiende en todo el orden jurídico, señala que consiste en el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Sin embargo y para ya ir finalizando respecto a este punto, dicha noción general adquiere peculiaridades, según sea el ámbito del orden jurídico dentro del cual se manifiesta, debido a que en cada caso la relación contractual involucra a actores que expresan intereses de distinta naturaleza y dentro del desarrollo de actividades de interacción respecto de las cuales el orden jurídico prevé la aplicación de principios y normas también diferenciados.

Es por eso que considerando, “la división general de la realidad en los ámbitos Privado y Público, el Derecho refleja dicha distribución constituyendo las ramas de Derecho Privado, Derecho Social y Derecho Público, en cada una de las cuales se han ido creando principios y normas que regulan las relaciones entre los miembros de la Sociedad. Dentro de cada rama del Derecho, a su vez, existen un conjunto de asuntos objeto de regulación, uno de los cuales es la contratación. Y como es lógico deducir, cada rama del Derecho elabora respuestas a los retos que le plantea el tema contractual, para que sean apropiadas a la naturaleza de la relación que subyace a los contratos que se celebran dentro de su ámbito”¹⁶.

En el ámbito del Derecho Privado, de modo general se puede señalar que “la relación contractual vincula a dos o más sujetos, cada uno de los cuales ejerce su propia libertad y su propio interés, sin que ninguno de ellos pueda ser considerado en una situación que potencial o efectivamente haga prevalecer su posición respecto de su co-contratante”¹⁷. En tal sentido, el orden jurídico privado establece un conjunto de principios y normas encaminados a mantener una posición de absoluta igualdad entre las partes que celebran el contrato privado.

En este ámbito, de contrato civil, la relación jurídica que se genera en ambos sujetos, es de dos libertades que se vinculan en condiciones de igualdad, el

¹⁶ SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo. Ob., Cit., 9.

¹⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Lima, Palestra, 2001, 38.

Derecho Privado buscará lo necesario para mantener tal situación desde la fase de formación, pasando por la de perfeccionamiento y durante la ejecución contractual.

Y en cuanto, al ámbito del Derecho Público, la relación contractual vincula a dos o más sujetos, aunque en este caso se presentan dos posibilidades: “a) uno de ellos ejerce Poder (específicamente función administrativa del Poder) y el otro su Libertad, o b) uno de los sujetos ejerce Poder y el otro sujeto también ejerce Poder. En tal sentido, la relación subyacente a los Contratos de la Administración Pública es la de Poder con Libertad o la de Poder con Poder; de lo cual se deriva que la construcción del régimen contractual público debe girar en torno a dichas posibilidades de vinculación; estableciendo los principios y normas que garanticen las facultades, deberes, derecho y obligaciones involucrados en tales relaciones”¹⁸.

De allí que, si dentro de la Función Administrativa la contratación administrativa constituye una de las manifestaciones de ésta, cuando se celebra un contrato de la Administración Pública entre una entidad de la Administración Pública y un sujeto privado, sustantivamente se están vinculando el interés colectivo con un interés privado; y, cuando se celebra dicho tipo de contrato entre dos entidades de la Administración Pública, se vinculan dos manifestaciones de interés colectivo.

Para finalizar, de acuerdo con la sentencia 020-2003-AI/TC del 17 de mayo del 2004, en la que el Tribunal Constitucional, realiza una definición específica acerca del contrato administrativo, creemos que nos aclara mejor el panorama de este contrato y sobre todo que es una fuente valiosa para el desarrollo de la presente tesis. En esta sentencia, se ha especificado que “La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones”¹⁹.

De la definición señalada, se concluye que el concepto de Contrato de la Administración Pública, comprende como elemento subyacente de la noción genérica de Contrato; pero, incorpora como factor específico y sobre todo un

¹⁸ Ibídem.

¹⁹STC del 17 de mayo del 2004. {EXP. N.º 020-2003-AI/TC}, fundamento N° 11 [ubicado el 03 de XI del 2015]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00020-2003-AI.html>.

componente distintivo, es el hecho de que por lo menos una de las partes, que celebran el contrato es una entidad de la Administración Pública; es decir, una entidad que ejerciendo función administrativa en una de las modalidades de ésta función (acción de contratar administrativamente).

Cabe precisar entonces, que el elemento distintivo del Contrato de la Administración Pública, no es el hecho de que la entidad administrativa que celebra el contrato, tenga ventajas especiales a su favor, pues como se señaló, puede o no tenerla, e incluso condicionar tal ventaja a determinadas circunstancias; sino, que por lo menos una de las partes, que celebran el contrato es una entidad de la Administración Pública.

1.2. Principios de la contratación estatal

Como se ha señalado en el apartado anterior sobre el contrato administrativo, por tratarse de un tema específico y diferente al contrato privado, éste cuenta con sus propios principios, por los que se deberán regir las contrataciones del Estado; es por ello, que se encuentran sometidas a sus propios principios fundamentales, los cuales deberán ser tomados en cuenta al momento de contratar, pues estos principios cuentan con un carácter imperativo e integrador.

Como dato adicional, mencionaremos que en la nueva ley de contrataciones del Estado, se excluyen algunos principios previstos expresamente en la ley anterior; la nueva Ley de Contrataciones del Estado, no menciona principios tales como: de moralidad, de razonabilidad, de economía y de imparcialidad.

Se ha cambiado también, el contenido de algunos principios. Por ejemplo, el principio de eficiencia ya no se concibe solamente a partir de la calidad del bien, servicio u obra, sino que ahora se toma en cuenta (y como factor esencial) la finalidad pública subyacente a la contratación. Esto debido a que ahora el ordenamiento jurídico, se desarrolla el ámbito de contrataciones estatales de nuestro país se ha acogido a una nueva forma de gestión, la denominada Gestión por Resultados, donde "... El administrador público debe saber qué se espera de su gestión, de qué forma va a alcanzar los objetivos propuestos, la clase de

beneficios que obtendrá y las sanciones que se le aplicará durante su desempeño”²⁰.

Siguiendo la idea del párrafo anterior, de acuerdo con la nueva Ley de Contrataciones del Estado, en síntesis de su artículo 1°, señala que la finalidad de ésta ley, en la contratación de bienes, servicios y obras, es la de establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos y promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras.

Ahora en el punto central, sobre principios de acuerdo con GARRIDO FALLA, “... el contrato administrativo, al igual que tantas otras instituciones de este Derecho, no es, en definitiva, sino una síntesis de principios aparentemente contrapuestos que logran su armonía en este plano jurídico”²¹. Afirma que ésta armonía, se logrará durante el procedimiento de contrataciones que realice la Administración Pública, siempre y cuando sean respetados y aplicados oportunamente desde el inicio hasta la conclusión de un contrato público; idea con la que nos encontramos en total acuerdo, pues es bien sabido, cuando nos referimos a la palabra “principio”, nos estamos planteando la idea de una base, razón fundamental sobre la cual se procede discutiendo en cualquier materia, en éste caso los principios del Derecho Administrativo.

Pues en general, se puede decir que “...los principios que inspiran la normativa aplicable en materia de contrataciones estatales, determinan el adecuado accionar de la Administración Pública y de los administrados al momento de contratar, de modo tal que se satisfagan y garanticen los intereses de ambas partes”²². Esto nos quiere decir, que las partes al momento de llevar a cabo un contrato administrativo, desde el inicio del proceso de selección, hasta la ejecución del mismo, deberá estar sujeto a los principios que la ley establece.

²⁰ IVANEGA, Miriam Mabel. *Principios de la Administración Pública*, 6ª edición, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma S. R. L., 2005, 85.

²¹ GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, 11ª edición, Madrid, Tecnos, 2002, 108.

²² ALIAGA GASTELUMENDI, Hugo Armando. “Principios en la Ley de Contrataciones del Estado”, *Gestión Pública y Desarrollo*, N° 5, Noviembre 2010, 5-7.

En la nueva ley de Contrataciones del Estado N° 30225, ha desarrollado nueve principios, los cuales han sido regulado en el artículo 2°; principios a los cuales van a desarrollador a continuación.

A. Libertad de concurrencia

De acuerdo con el artículo 2° de la nueva ley de Contrataciones del Estado, este principio se encuentra regulado en el inciso “a” de este mismo artículo, el cual ha prescrito lo siguiente: “Las entidades promueven el libre acceso y participación de los proveedores en procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores”.

Como podemos observar, del artículo en mención se desprende que la participación de los postores y su concurrencia deberán ser objetiva e imparcial. Es decir, en virtud a este principio de Libre Concurrencia, la normativa impone a la Administración el deber de adjudicar imparcialmente la mejor oferta, sobre la base y supuestos de una decisión discrecional. Así, la Administración no puede elegir individualmente a sus oferentes, sino, los elegirá dentro de un potencial grupo participantes, sin la imposición de trabas en cuanto a exigencias y formalidades innecesarias y costosas.

Por este principio, “... la Entidad debe definir reglas y procedimientos que promuevan la concurrencia amplia, objetiva e imparcial de potenciales postores. Su importancia radica en que la participación amplia de proveedores le genera, a la Entidad, la posibilidad de obtener mejores condiciones del precio. Por eso, este principio no sólo es una garantía para el proveedor sino también de la Entidad, pues coadyuva al cumplimiento de sus fines”²³.

IVANEGA señala que éste principio, tiene dos ámbitos: “Un primer ámbito, enfocado en la entidad, permite que la misma obtenga la mejor relación entre calidad precio en cada contratación – que es lo que se pretende obtener dentro del concepto de eficiencia contractual – puesto que al existir pluralidad de postores, así como libertad para que los mismos compitan entre sí, el resultado siempre va a ser

²³ INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS. *Los principios de la contratación estatal*, 2017 [ubicado el 25.XI 2017]. Obtenido en <http://incispp.edu.pe/blog/los-principios-la-contratacion-estatal/>

el más favorable para quien va a recibir el servicio, es decir, la entidad. Este es un efecto lógico de la competencia en el mercado, la misma que permite a este último asignar los recursos de manera eficiente”²⁴.

Con este primer ámbito, es sencillo inferir que la Administración Pública debe contratar eficientemente, obteniendo la mejor calidad posible al precio más razonable, considerando que lo que se está empleando son recursos públicos.

En cuanto al segundo ámbito, nos menciona que “... se enfoca en el mercado propiamente dicho. Lo que ocurre es que la libre competencia en el ámbito de la contratación administrativa debe ser equivalente a lo que ocurre en el mercado, con lo cual la contratación pública funciona como un mecanismo dinamizador del mismo. Si no existiera este principio, lo que ocurriría es una asignación de recursos ineficiente, lo cual impediría que se obtenga el mayor beneficio posible de los fondos públicos; sin que a su vez pueda generarse desarrollo”²⁵.

En este orden de ideas, por ejemplo, dentro de la doctrina española vemos que el Principio de Libre Concurrencia tiene una doble finalidad:

- “Proteger los intereses económicos de la Administración suscitando en cada caso la máxima competencia posible y,
- Garantizar la igualdad de acceso a la contratación con la Administración”²⁶.

En razón de todo lo detallado sobre éste principio, nos queda claro que la administración deberá evitar imponer formalidades y exigencias innecesarias que no contribuyan a un resultado idóneo en la gestión pública; para entender mejor lo que estamos desarrollando, un claro ejemplo de la vulneración a éste principio, sería, cuando en los documentos del procedimiento de selección, se impide a participar a un proveedor que se encuentre con un proceso judicial en curso; o también, cuando en los mismos se indica que solo será válida la experiencia relacionada a la provisión de bienes idénticos al objeto de la convocatoria.

Con estos actos, se estaría evidenciando la adopción de prácticas que limitan o afectan la libre concurrencia de proveedores.

²⁴ IVANEGA, Miriam Mabel. Ob. Cit., 161.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Op., Cit.* 679.

B. Igualdad de trato

Este principio, se encuentra regulado en el inciso “b” del mismo artículo 2º de la ley, el cual regula: “Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva”.

Logrando observar que lo prescrito en el segundo inciso, guarda estrecha relación que guarda con el principio anterior, pues al no adoptarse situaciones contrarias o mal intencionadas blindadas de excesiva formalidad, se estará otorgando el mismo trato a todo aquel proveedor que tenga la intención de contratar con el Estado.

Sobre este principio, nuestra legislación ha optado por definir como principio de igualdad de trato, equivalente a un trato justo e igualitario; especificamos este punto, ya que en la legislación comparada las denominaciones varían, pero en general su finalidad está dirigida a que no exista ningún motivo de preferencia injustificada, desde el inicio del proceso de selección; tal es el caso, en la legislación española sobre éste principio señala: “Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados”²⁷.

En tal sentido este principio, recae directamente sobre la autoridad administrativa competente, y de esta manera garantiza y protege, por lo menos en doctrina al contratista por lo que está encaminado “... al beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación”²⁸.

Por su parte VOLIO CORDERO, nos describe que el principio de igualdad tiene una doble finalidad, “la de ser garantía para los administrados de la protección de

²⁷ MORENO MOLINA, José Antonio. “Principios generales de la contratación pública”, *Revista Jurídica de Navarra*, N° 45, Junio 2008, 45-70.

²⁸ MORENO MOLINA, José Antonio. *Op.*, *Cit.* 49.

sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; y la de constituir garantía para la Administración, en tanto acrece la posibilidad de una mejor selección del contratista”²⁹.

En general, podemos asegurar que este principio busca erradicar las preferencias por lo menos en ley y reglamento a ciertos participantes que pretenden conseguir la buena pro.

Convirtiéndose así éste principio, en una condición indispensable para que exista libre competencia a través de la igualdad entre los postores. Caso contrario, no habrá competencia auténticamente libre, si se favorece sin ninguna justificación a alguno de los postores. Por tal razón, “todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para proponer sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto”³⁰.

Es así que en virtud del principio de igualdad, no debe haber discriminación. La Entidad no puede favorecer a ninguno de los postores. Este principio, debe ser respetado en todas las etapas del proceso. Así por ejemplo, la Entidad deberá otorgar las mismas oportunidades para la participación, solución de consultas y posibles observaciones.

C. Transparencia

En cuanto al principio de transparencia, podemos inferir a breves rasgo y según los dos principios anteriores, está orientado también a la igualdad y sin trabas en las oportunidades para con los contratistas, desde el inicio del concurso público.

²⁹ VOLIO CORDERO, Kathia. *Los principios de la contratación administrativa. Un análisis del voto N°.998-98 de la Sala Constitucional*, 2016 [ubicado el 05.XI 2016]. Obtenido en www.cifh/sidovih/cursos/material_de_apoyoPIC1erT2011/MaterialApoyocursosCIFH/1_DefinicRequerTecElaboracCartel/Losprincipiosdelacontratacionadministrativa.pdf.

³⁰ ESCUELA DE GOBIERNO Y GESTIÓN PÚBLICA. *Ley de contrataciones del Estado: Finalidades y principios de la Ley*, 2016 [ubicado el 29.VII 2017]. Obtenido en <https://rc-consulting.org/blog/2016/12/nueva-ley-de-contrataciones-del-estado/>

Se encuentra regulado en el inciso “c” del artículo que viene siendo materia de análisis; el cual prescribe: “Las entidades promocionan información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores garantizando la libertad de concurrencia, y se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico”.

En este mismo orden de ideas, el OSCE ha estipulado que el principio de transparencia, está abocado a que: “Toda contratación deberá realizarse sobre criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores”³¹.

Por lo que podemos afirmar, que este principio se puede entender como aquel que protege al compromiso de integridad que realizan los sujetos implicados en el proceso, con la obligación de no aceptar ningún soborno; con la única finalidad de obtener un contrato u otra ventaja impropia, incluyendo a tal punto tal vez la colusión.

Asimismo, el principio de transparencia protege el libre acceso a la información de cualquier persona, que tenga interés de contratar con el Estado, y en su efecto la obligación de la entidad administrativa, en brindar la debida información; tal es así que por este principio, “... la Entidad debe ser clara y coherente con la información que brinda, para que los postores y particulares interesados puedan comprender sin mayor complicación el desarrollo del Proceso de Contratación. Este principio se justifica porque la Contratación Pública es un asunto público y, por lo tanto, todos los involucrados tienen derecho a conocer su desarrollo. Por eso el mandato, no se reduce a poner la información al alcance de los interesados sino que esta debe caracterizarse por ser CLARA”³². Con ello podemos suponer, la información que la entidad pública está obligada a brindar, no necesariamente es solo a los interesados en contratar con el Estado, sino también a todo ciudadano interesado, lo cual sería lo ideal ya que pasaría de ser solo un Derecho a la información pública, a un deber ciudadano.

³¹ EFFIO ORDÓÑEZ, Augusto Oliver y PAJUELO ORBEGOSO, Alexander. *Principios rectores de la contratación pública* [ubicado el 03 de XI de 2016]. Obtenido en http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2_m1_a.pdf.

³² INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS. Ob., Cit.

Por otra parte específicamente, sobre el acceso a la información de éste principio la Administración Pública, con el ánimo de llevar a cabo un procedimiento de selección correcto, entre los postores es que se ha creado el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), éste "...es un sistema integral compuesto por políticas, procedimientos, normas y software basado en el uso del internet, con el fin de dar transparencia, optimizar, modernizar y generar ahorros en las contrataciones del Perú"³³.

Siendo ello, así el ente encargado de llevar a cabo todo el proceso de contrataciones públicas, por éste principio se entiende que deberá responder las consultas y observaciones en el plazo establecido y sobre todo con un lenguaje accesible, de tal manera que todo interesado pueda comprender la información brindada.

Somos de la opinión, que si existiera un respeto absoluto al cumplimiento de éste principio, se llegaría a permitir en su totalidad que las decisiones tomadas al interior del proceso de selección sean realmente objetivas, pues de esa manera se lograría un funcionamiento como mecanismo para que los postores directos y la ciudadanía interesados en el resultado del proceso de selección, se conviertan en sus principales fiscalizadores, mostrando una mayor eficiencia que otros controles administrativos, que en gran medida funcionan de manera deficitaria.

Durante el desarrollo de éste principio, en más de una ocasión hemos mencionado la participación ciudadana, pues casi a diario escuchamos o nos encontramos con personas que se conforman con culpar sobre el mal manejo, malversación del presupuesto público; pues según lo que hemos dado a conocer no solo los postores deben ser los interesados en el correcto y adecuado desarrollo del proceso de selección para una licitación, ya que es la ciudadanía la que también debería estar obligada a conocer estos aspectos, total el fin último es la propia satisfacción de las demandas públicas.

Con ello podemos afirmar, que cuando hablamos del principio de transparencia, éste guarda una estrecha relación con el Derecho Fundamental del Acceso a la

³³ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro; y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. *Comentarios al Reglamento y Ley de Contrataciones del Estado*, Lima, Instituto Pacífico, 2017, 25.

Información Pública; desde el año 2002 nuestro país cuenta con una Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública; asimismo en nuestro país se cuenta con un reconocimiento constitucional, encontrándose regulado en artículo 2° inciso 5.

En tal sentido, se puede afirmar que “... se puede entender al derecho de acceso a la información pública, como una consecuencia necesaria del principio de transparencia, en la medida que una “cultura de la transparencia”, inherente al Estado democrático y social de Derecho, proyecta la obligación de la Administración de entregar la información solicitada, sin que se tenga que motivar las razones de la solicitud de información”³⁴, siendo así lo ideal sería que este principio protegido además por nuestra legislación no exista solo en el papel.

D. Publicidad

En estrecha relación y sobre todo complementariedad con el principio de transparencia, la ley de contrataciones cuenta con el principio de publicidad, el cual establece que las convocatorias de los procesos de selección y los actos que se dicten como consecuencia de los mismos deberán ser objeto de publicidad y difusión adecuada y suficiente a fin de garantizar la libre concurrencia de los postores.

Es así que con la nueva ley de Contrataciones del Estado, este principio ha sido regulado en el inciso “d” del artículo 2°, el cual regula: “El proceso de contratación deber ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones”. Ante lo cual, podemos concluir en términos generales, el principio de transparencia estará garantizado cuando haya publicidad en la convocatoria.

Convirtiéndose este concepto de publicidad, junto al de transparencia, en pieza clave para efectos del adecuado funcionamiento de la contratación administrativa, pues este principio de publicidad, “...más que un principio constituye una condición para la generación de otros principios, que son los de libre competencia, eficiencia y transparencia, de los cuales puede incluso considerarse parte ello, en tanto

³⁴ ZARZOSA GONZÁLES, César Antonio y otros. *Guía práctica sobre el acceso a la transparencia y el acceso a la información pública*. Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico, Lima, 2014, 12.

permite la participación de la mayor cantidad de postores posible – lo cual es un elemento de la libre competencia de los mismos – situación que a la vez genera que sea más factible encontrar a aquel que pueda realizar la prestación de manera más adecuada”³⁵.

De hecho, el régimen de contratación administrativo peruano, contiene un sistema electrónico que ya lo mencionamos líneas anteriores, el SEASE que además permite “el intercambio de información y difusión sobre las contrataciones del Estado, así como el seguimiento de la ejecución de las contrataciones públicas y la realización de transacciones electrónicas”³⁶, de esa manera se está implementando el acceso a la información de todo aquel que busque conocer las convocatorias existentes, dependiendo del tipo de proceso de selección en el cual nos encontremos.

En efecto, se puede considerar a éste principio, como uno de los pilares sobre el que se asienta el sistema de contrataciones estatales, ya que “... la publicidad no sólo cumple una importante función de promoción de la concurrencia privada, sino que como medio de fiscalización de la Administración, constituye también una gran ayuda para el juego limpio en la vida administrativa y una oportunidad de control a disposición de los administradores y de los candidatos contractuales”³⁷.

Sin embargo, como afirma SANTAMARÍA PASTOR, “el principio de publicidad no es absoluto y como tal, tiene entre sus límites, el de que el actuar de la Administración no puede afectar ni dañar el derecho a la intimidad de las personas y su honor; así como tampoco, se debe afectar la seguridad pública y la defensa nacional”³⁸. Nos parece importante señalar ésta idea, ya que existe información personal reservada la cual pues no contribuye en nada a la información que sí es resaltante para éste tipo de contrataciones públicas; así como existe cierta información que deberá ser rebelada al momento de pasar a una siguiente fase del proceso o cuando ya se haya ganado la buena pro.

³⁵ IVANEGA, Miriam Mabel. *Op., Cit.*, 159-160.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ SALAZAR, CARLOS. Principio generales de la Contratación Pública, 2017 [Ubicado el 23.IV 2017].
Obtenido en
http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/692_carlos_salazar.pdf

³⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Op., Cit.*, 235.

Pese a ello, por este principio, las Entidades tienen la obligación de difundir las actuaciones fundamentales del Proceso de Contratación. Ello como una manera de garantizar la libre concurrencia y la efectiva pluralidad de postores.

Por lo expuesto, consideramos que los principios tales como el de Transparencia y Publicidad son de aplicación conjunta a toda contratación pública, incluyendo a aquella que se enmarque en regímenes legales de contratación de carácter especial, es responsabilidad de la Entidad adoptar las medidas necesarias a efectos de dotar de difusión a dichas contrataciones, pudiendo recurrir a publicaciones en su portal web ya señalado, avisos en el local de la Entidad u otros medios que faciliten la supervisión y el control de las mismas.

E. Competencia

Este principio, ha sido desarrollado por el inciso “e” del artículo 2°, regulando lo siguiente: “Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a las contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia”.

Sobre este principio, en el Perú una de las resoluciones de la autoridad administrativa competente en donde se define con claridad este principio es la Resolución N° 369-2007-TC-S1 del 19 de abril del 2007; en donde en la FUNDAMENTACION número 4, se señala que, “las decisiones que se adopten en el marco de las contrataciones y adquisiciones del Estado, deben responder al equilibrio armónico que debe existir entre los derechos de los postores y su connotación en función de las razones de bien común e interés general a efectos de garantizar la participación de diversas personas en la calificación de las ofertas, para elegir la mejor entre ellas”.

Tal y como está redactado este principio en el párrafo anterior, se plasma claramente la finalidad de la norma en materia de contratación estatal; al fomentar y permitir la más amplia participación de las personas, sin distingo, ni elementos, ni consideraciones, ni circunstancias que favorezcan a algunos en detrimento de otros. Sin embargo, éstos deberán cumplir con ciertos requisitos necesarios, los

cuales no deberán ser confundidos con alguna forma de discriminación o favorecimiento.

Es muy importante entender éste principio, ya que la Ley de Contrataciones del Estado, "... tiene naturaleza presupuestal toda vez que, desde la planificación, el requerimiento, hasta el pago final en la ejecución del contrato, tiene vinculación con el Proceso Presupuestario. En este sentido, en razón de su naturaleza presupuestal, estamos ante una ley especial que prevalece sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público..."³⁹.

Si damos a conocer lo señalado en el párrafo anterior, es porque también es necesario tener en cuenta, que si bien es cierto, el actuar de los entes encargados de los contratos públicos, deberán cumplir con ciertos principios que contribuyan con el adecuado proceso de selección; por su parte los postores también están obligados a cumplir con ciertos requisitos que garanticen y cumplan con las expectativas de la administración pública; es por eso pues que "... Si no existiera este principio, lo que ocurriría es una asignación de recursos ineficiente, lo cual impediría que se obtenga el mayor beneficio posible de los fondos públicos; sin que su vez pueda generarse desarrollo"⁴⁰.

Por otra parte también estamos seguros, que la importancia de éste principio radica en que la participación amplia de proveedores le genera, a la Entidad, la posibilidad de obtener mejores condiciones del precio. Por eso, este principio no sólo es una garantía para el proveedor sino también de la Entidad, pues coadyuva al cumplimiento de sus fines.

F. Eficacia y eficiencia

Regulado en el inciso "f" del artículo 2° de la nueva ley de Contrataciones del Estado, el cual prescribe, "El proceso de contratación y las decisiones que adopten en el mismo deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales,

³⁹ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro; y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. *Op., Cit.*, 15.

⁴⁰ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa* [ubicado el 07 de XI del 2015]. Obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/viewFile/14022/14644>.

garantizando la efectiva y oportuna satisfacción del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos”.

A nuestro parecer, así como se han creado principios que garantizan la gestión de la administración pública y la inversión del contratista, con este principio se vería beneficiado el interés social, pues a pesar de que la población no es parte en el contrato administrativo, el resultado u objeto del contrato va direccionado a satisfacer las necesidades públicas.

De esta manera, si todas las contrataciones que realizan las entidades, se efectuasen bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución con los mejores recursos de calidad se lograría un buen resultado que contribuiría no solo al desarrollo estatal, sino también a una mejor calidad de vida ciudadana.

Específicamente, respecto a eficiencia nos menciona IVANEGA, “En primer lugar, debe quedar claro que la eficiencia no implica únicamente obtener resultados, sino que los mismos generen el menor costo posible”⁴¹.

Sobre esta postura, hay quienes se refieren al menor costo posible que “contratar barato implique necesariamente contratar bien. De hecho, una propuesta económica excesivamente menor al valor referencial – siempre que el mismo haya sido elaborado adecuadamente - muestra temeridad por parte del postor y puede informarnos respecto a la limitada calidad de los bienes, servicios y obras que el mismo ofrece, cualidad que la economía moderna le otorga al sistema de precios”⁴².

Y en cuanto a la exigencia de eficacia, “...es consustancial a una Administración, caracterizada por la nota de servicialidad. La eficacia es un criterio de legitimidad de la Administración”⁴³.

Siendo así, entonces por este principio, “... las Entidades deben priorizar el logro de un resultado que redunde en las condiciones de vida de los ciudadanos antes

⁴¹IVANEGA, Miriam Mabel. *Op., Cit.*, 161.

⁴²GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Op., Cit.*

⁴³ IVANEGA, Miriam Mabel. *Op., Cit.*, 161.

que formalismos innecesarios. Así también, las autoridades administrativas deben procurar que estos Resultados, se generen optimizando el gasto de los recursos”⁴⁴.

Como podemos observar, con éste principio se estaría buscando limitar los formalismos excesivos y muchas veces innecesarios dentro de un proceso de selección, los cuales pueden estar blindados de favoritismos entre alguno de los postores; la cuestión es si se respetará y aplicara de una manera adecuada éste principio se estaría optimizando acaso la nueva gestión por resultado que es lo que se pretende con ésta nueva ley; pues es bien sabido que la nueva ley la finalidad es establecer normas y procedimientos orientados a promover una adecuada utilización e inversión de los recursos públicos maximizando su valor, mediante un enfoque de esta nueva gestión en la actuación de las Entidades Públicas, es decir que se apliquen procedimientos eficientes, eficaces y transparentes.

G. Vigencia tecnológica

Nos parece muy importante que se haya incluido este principio en la nueva ley de contrataciones del Estado, ya que al encontrarnos en un constate cambio y evolución social, tanto los servicio y sobre todo la ejecución de las obras públicas, que es el tema que nos ocupa deberán estar dotados de condiciones tecnológicas, las cuales estamos seguros van a tener repercusiones positivas en las condiciones de vida de los ciudadanos.

Este principio tiene dos implicancias: “Que la tecnología del bien u obra que se haya contratado sea compatible con la finalidad pública que se persigue. Que durante su periodo de duración o funcionamiento cuenten con la posibilidad de adecuarse, integrarse u actualizarse con el avance tecnológico”⁴⁵.

Así en el inciso “g” del artículo que estamos desarrollando, regula, “Los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos”.

⁴⁴ INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS. *Op. Cit.*

⁴⁵ *Ibíd.*

Este principio permite asegurar, "... que el objeto contractual no incurra en una situación de obsolescencia por el paso del tiempo, permitiendo que los avances de la técnica – que son cada vez más vertiginosos - no perjudiquen la ejecución contractual. Esto se muestra por ejemplo en los bienes informáticos, sea hardware, sea software, los mismos que evolucionan con especial rapidez. Otro caso es de las obras, que deben permitir que lo construido se encuentre conforme con el estado de la técnica"⁴⁶.

Sobre el principio que hasta ahora nos encontramos desarrollando, por ahora hay muy poca información, uno de los motivos puede ser, como en un inicio mencionamos sería uno de los nuevos principios incluidos en la nueva ley, sin embargo, de lo regulado creemos que, lo que se busca con éste principio es el uso de bienes específicos, los cuales reúnan las condiciones de calidad necesarias para cumplir de manera efectiva la finalidad requerida, desde el momento de su adquisición, hasta cierto tiempo, es por ello que en virtud de éste principio las Entidades Públicas deberán procurar que los bienes adquiridos sean de primer uso y no reciclados, recuperados o ensamblados; pues caso contrario, se estaría realizando gastos innecesarios.

H. Sostenibilidad ambiental y social

Este principio es otro de los aplicados recientemente, con el objeto de protegernos de impactos ambientales negativos. Es por este principio, que las Entidades deben contratar diseñando reglas y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medio ambiental como social y al desarrollo humano.

En toda contratación se aplicarán criterios para garantizar la sostenibilidad ambiental, procurando evitar impactos ambientales negativos en concordancia con las normas de la materia. Esta es otra novedad de la Ley, incorporada a fin de adecuar la contratación administrativa a parámetros provenientes de la normativa en materia ambiental.

El principio de sostenibilidad ambiental y social, ha sido regulado en el inciso "h" del artículo 2° de la ley en comentario: "En el diseño y desarrollo de los procesos de

⁴⁶ IVANEGA, Miriam Mabel. *Op., Cit.*, 161.

contratación pública se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano”.

Aparentemente este principio podría parecer innecesario, pues debe suponerse que “...toda actividad, incluso las que son contratadas por el Estado, debe evitar impactos negativos y para ello existen los estudios de impacto ambiental. Este principio sin embargo obliga a las entidades a incorporar en su normativa, fundamentalmente en sus bases, parámetros que permitan que la ejecución contractual no genere afectaciones ambientales”⁴⁷.

Nos sigue mencionando GUZMÁN NAPURÍ que, “aparentemente nos encontramos ante un principio autónomo, el mismo es también resultado de la aplicación del principio de eficiencia en la contratación administrativa. El daño ambiental constituye una externalidad negativa, la misma que genera desperdicio de recursos, lo cual afecta directamente a la eficiencia de la contratación administrativa. Ello genera en el mediano plazo una mayor calidad de gasto y una calidad de vida más apropiada para colectividad”⁴⁸.

Ello implica entonces, incorporar criterios de sostenibilidad ambiental a las bases de los procesos de selección, permitiendo otorgar mayores puntajes a quienes ejecuten los contratos con el menor impacto ambiental, sin que ello implique dirigir la contratación hacia marcas o modelos específicos, lo cual evidentemente se encuentra proscrito por la normativa contractual.

Por otro lado, es necesario resaltar sobre nuestro panorama nacional, que nuestro país, “... es considerado como uno de los diez países megadiversos del mundo, por su riqueza y diversidad de recursos naturales; pero también se encuentra entre los diez países más vulnerables a los efectos del cambio climático (tercero en el mundo). Teniendo que afrontar serios desafíos como la pérdida del 40% de sus glaciares tropicales, los pasivos de la corriente El Niño, el 70% de su población en la costa (zona árida), deforestación etc.”⁴⁹.

⁴⁷ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Ob. Cit.

⁴⁸ Ibídem.

⁴⁹ PAUCH, Payo. *Algunas reflexiones sobre la sostenibilidad ambiental en el Perú* 2013 [ubicado el 01.VI.2017]. Obtenido en <https://www.servindi.org/actualidad/95346>.

Si damos a conocer esta información, es porque debemos tener en cuenta que si bien la edificación de infraestructuras, tales como colegios, hospitales o carreteras, son de suma importancia para el desarrollo social de nuestro país; la misma importancia debe tener la forma de ejecución en el lugar donde se realizan, pues del mismo principio se desprende dos conceptos resaltantes: sostenibilidad ambiental y sostenibilidad social.

Entiéndase pues por sostenibilidad ambiental, "... equilibrio que se genera a través de la relación armónica entre la sociedad y la naturaleza que lo rodea y de la cual es parte. Esta implica lograr resultados de desarrollo sin amenazar las fuentes de nuestros recursos naturales y sin comprometer las futuras generaciones"⁵⁰. En ese sentido, es importante considerar que el aspecto ambiental, más allá de tratarse de un área concreta del desarrollo humano, es en realidad el eje de cualquier forma de desarrollo a la que queramos y debemos aspirar.

Trasladado al tema que nos ocupa sobre la ejecución de las obras públicas y bajo el principio que nos encontramos desarrollando, somos de la opinión que las empresas contratistas deberán tener una cultura de respeto al medio ambiente. Sin embargo, todo debe partir de la coordinación y regulación establecida por la administración Pública, todo ello para que las condiciones relacionadas al uso y cuidado de los recursos naturales se respeten y se valoren.

Asimismo, el Estado debe promover investigación, a través de proyectos y programas del mismo; sumado a ello, "La participación de la empresa privada, debe servir de insumo para tomar decisiones acertadas que prioricen la atención a los sectores y localidades más vulnerables del país. Se requieren pautas e indicadores de medición del impacto ambiental, para incorporar el eje ambiental como un criterio transversal a toda propuesta de proyectos públicos o privados a nivel local y regional. Además, el Estado debe promover el fortalecimiento de capacidades locales de adaptación, la valoración del conocimiento ancestral y la articulación de esfuerzos y mecanismos de reconocimiento de las buenas prácticas ambientales. El Estado debe fortalecer una política de gestión ambiental a través

⁵⁰ COHERENCIA PERÚ. *Sostenibilidad Ambiental* [ubicado el 01.VI.2017]. Obtenido en <http://www.coherencia.pe/https-scribd-comdoc212271285001-ideario-final-1-1/sostenibilidad-ambiental/>

de programas de prevención y educación ambiental en todo el territorio nacional y en sus distintos niveles de gobierno (local, regional y central)”⁵¹.

Respecto al concepto de la sostenibilidad social, “... implica impulsar acciones que permitan el cumplimiento de los derechos económicos, políticos, culturales, equidad de géneros y de razas entre las personas que habitan las diversas regiones del planeta”⁵². De esta forma, establecer relaciones sostenibles en todos los ámbitos de la vida humana, garantiza la perdurabilidad de las mismas, es decir, asegura un futuro a largo plazo.

I. Equidad

Este principio de acuerdo con la ley en comentario, ha sido reulado en el inciso “i” el cual prescribe: “Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general”.

Como menciona MARTIN TIRADO “Lo que ocurre es que hoy en día no puede seguirse manteniendo de manera rigurosa el concepto de régimen exorbitante tradicionalmente empleado para la contratación administrativa. A su vez, la existencia de determinadas prerrogativas a favor de la administración no puede afectar el beneficio esperable del contratista, el mismo que debería obtener por lo menos similares beneficios a los que obtendría contratando con sujetos provenientes de la actividad privada”⁵³.

Sin embargo, podríamos decir que pese a ello, la Administración Pública, sigue manteniendo determinados privilegios que generan un evidente predominio sobre el contratista, el cual puede estar justificado en el cumplimiento de las demandas sociales. En tal sentido, es que una de las finalidades de éste principio es “...establecer mecanismos eficaces a través de los cuales el particular pueda

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² *Ibíd.*

⁵³ MARTÍN TIRADO, Richard. “La naturaleza del contrato estatal. La necesidad de contar con un régimen unitario de contratación pública”, *Actualidad jurídica*, tomo 143, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, 156-164.

defenderse de un ejercicio arbitrario de la Administración Pública, los cuales se centran particularmente en el arbitraje”⁵⁴.

Aplicando éste principio a nuestro tema de investigación en específico, en cuanto a las ventajas o privilegios con los que cuenta la Administración Pública, es la referida a la existencia de un mecanismo denominado “... intervención económica en el contexto de los contratos de obra en supuestos de caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a juicio de la entidad no permitan la terminación de los trabajos. La norma establece que la intervención económica de la obra es una medida que se adopta por consideraciones de orden técnico y económico con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin tener que resolver el contrato, con los evidentes perjuicios que esto generaría para ambas partes y para el interés general”⁵⁵.

Con lo señalado en el párrafo anterior, es necesario tener en cuenta un privilegio más de la Administración Pública, respecto a éste principio es la potestad atribuida al Tribunal de Contrataciones siendo ésta entidad la “... encargada de resolver, en última instancia administrativa, las controversias que surjan entre las Entidades y los postores durante el proceso de selección, así como de aplicar sanciones de suspensión o inhabilitación a proveedores, postores y contratistas por infracción de las disposiciones de la Ley, su Reglamento y demás normas complementarias...”⁵⁶.

Como podemos notar en cuanto a éste privilegio la Administración Pública a través de éste órgano puede determinar infracciones y aplicar sanciones a los particulares que participan del sistema, sean proveedores, participantes o postores. Dicha sanción consiste en la inhabilitación, por la cual el particular podría ser impedido de contratar con el Estado durante un plazo determinado o indeterminado. Pese a ello, la existencia de determinadas ventajas a favor de la Administración Pública, no puede afectar el beneficio esperable del contratista.

⁵⁴ GUZMÁN NAPURI, Christian. Ob., Cit. 12.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ *Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado* [ubicado el 10 de VII del 2018]. Obtenido en http://portal.osce.gob.pe/osce/content/tribunal_quienes_somos.

J. Integridad

Finalmente se ha incorporado al principio de integridad, mediante el Decreto Legislativo 1341, regulado en el inciso “j” el cual prescribe: “La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna”.

Este principio indica que las conductas de los partícipes deben estar guiadas por la honestidad y probidad. Sin embargo, es necesario señalar que este “es un mandato que alcanza tanto a los Servidores de la Entidad como a los postores y contratistas, en todo el Proceso de Contratación. No habrá honestidad, cuando los Servidores busquen obtener alguna ventaja personal a partir del Proceso, en desmedro del interés público. Tampoco la habrá cuando la Entidad no actúe acorde a la Buena Fe”⁵⁷.

Desde nuestro punto de vista, con este nuevo principio se buscará combatir el abuso en las adjudicaciones, la influencia indebida de intereses privados, la parcialidad o los favoritismos, que son solo algunas manifestaciones de la mala administración en la contratación pública. Pues buena parte de las contrataciones públicas, si no se gestionan adecuadamente pueden desencadenar casos de corrupción, que la ciudadanía consideramos como uno de los principales problemas contemporáneos, los cuales han ido en contra de nuestro desarrollo estatal.

A través del principio de integridad, se podrá evitar la aparición de conflictos de intereses, luchar contra los casos de corrupción y así favorecer la buena administración en la gestión de la contratación pública; por lo menos en teoría.

Esperemos que tanto los servidores de la entidad y los postores o contratistas, asuman en su actuación durante el proceso de contratación este principio, ya que “la integridad persigue la coherencia de la actuación de los cargos y empleados públicos con los valores, principios y normas que la guían con el fin de evitar la

⁵⁷ INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS. *Op., Cit.*

existencia de conflictos de intereses e impedir el abuso de la posición que ocupan para obtener beneficios propios”⁵⁸.

Tal es así, que “la integridad se fomenta y se garantiza a través de diferentes mecanismos agrupables alrededor de cuatro ejes: la transparencia, la buena gestión, la prevención de malas conductas y los conflictos de intereses y el control y la rendición de cuentas en la contratación pública”⁵⁹.

Finalmente, en general somos de la idea que en la mayoría de los casos, nos encontramos ante la incorporación de ciertos principios que pueden considerarse pertinentes por parte del Decreto Legislativo N° 1342 y la nueva Ley de Contrataciones del Estado; así como la ampliación y aclaración de algunos otros, lo cual ha sido necesario a fin de que los mismos puedan emplearse adecuadamente en la regulación eficaz del proceso de contratación administrativa.

1.3. Elementos de los Contratos Administrativos

Todo contrato administrativo está constituido por una serie de elementos, en algunos casos de carácter obligatorio y en otro facultativo. Es importante conocer éste tema, porque durante el inicio o ejecución de dichos contratos, se podrían presentar algunos vicios jurídicos, que puedan afectar su legitimidad y su validez de éstos contratos públicos.

Es importante resaltar, “... la diferencia que existe en materia contractual entre requisitos y elementos; el primero es toda condición indispensable para la validez del contrato, en cambio, por elemento se entiende cada una de las partes integrantes del contrato, algunas de las cuales reciben la denominación de especiales por ser indispensables para su existencia, a diferencia de las no esenciales, así llamadas porque el contrato puede existir aún si carece de ellas”⁶⁰.

De la información recopilada, hemos encontrado que en los contratos administrativos, son indispensables primero los sujetos (competencia y capacidad)

⁵⁸ CERRILLO MARTÍNEZ, Agusti. *El Principio de Integridad en la Contratación Pública (duo)* [ubicado el 13 de III del 2018]. Obtenido en <https://www.thomsonreuters.es/es/tienda/duo/El-Principio-de-Integridad-en-la-Contratacion-Publica-duo/p/10002269>.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *El Contrato Administrativo* [ubicado el 10 de XI del 2015]. Obtenido en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1920/11.pdf>.

intervinientes, es decir Estado (entidad pública) y persona natural o jurídica; segundo, la manifestación de voluntad; objeto y forma. Estos vienen a ser los elementos esenciales que corresponden para la existencia y consecuente validez del contrato.

Por su parte Martínez Zamora, señala respecto a éste tema: “el origen de los recursos es un elemento esencial en la definición del régimen de contratación pública, que se refleja tanto en un procedimiento especial del proveedor con el cual se suscribirá contrato... El objeto de tales reglas diferenciadas, viene a ser justamente el carácter público de los fondos que se utilizan para la satisfacción de una determinada necesidad”⁶¹.

Como los hemos mencionado más de una vez, debe tenerse en cuenta que en estos casos, la vinculación de la entidad con el privado, así como la relación de derechos y deberes que nacen como consecuencia de ello, no nacen de un acto unilateral, sea este un acto administrativo o un acto reglamentario, sino por el contrario, de un acto bilateral, en el que existe una concurso de voluntades entre la entidad pública y su contraparte privada, pero delimitando dicha voluntad común a un conjunto de libertades de la Administración y garantías que se otorga a quienes actúan como su contraparte contractual.

A. Sujetos: El Estado Contratante – El Contratista

Todo contrato, para lograr su existencia tiene como fuente esencial a los sujetos o partes que lo celebran. En esta clase de contratos, uno de los sujetos habrá de ser una entidad pública, que vendría a ser el contratante y un particular con plena capacidad ya sea natural o jurídica.

Se exige que los sujetos intervinientes cuenten obligatoriamente capacidad y competencia, ya que, “... una vez identificados los sujetos, éstos manifestaran sus voluntades; convirtiéndose dichas manifestaciones de voluntad en presupuestos

⁶¹ RAMÍREZ ZAMORA, Marco Aurelio. Introducción al Contrato Administrativo en el Marco del Régimen de Contratación Estatal. Una Aproximación a las Prerrogativas Desbordantes de los Contratos que Celebran las Entidades en el Marco del Régimen de Contratación Estatal [ubicado el 25.VIII del 2017]. Obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/viewFile/16358/16764>.

del consentimiento, por tal razón, se exige la capacidad jurídica del contratista y la competencia del órgano estatal o del ente que ejerce la función administrativa”⁶².

Pero respecto a la competencia de la administración, esta seguirá procedimientos especiales “para la formación de la voluntad de la Administración Pública. Desde la perspectiva del co-contratante privado, si bien tiene libertad para establecer el vínculo contractual, deberá respetar determinados principios y normas considerados esenciales para garantizar que esta sea legítima y conforme a nuestro sistema jurídico”⁶³.

En este sentido, lo que se pretende con este elemento es que los sujetos que intervienen en el contrato administrativo tengan la plena capacidad de manifestar su voluntad para contratar. “La formación de la voluntad contractual se produce al otorgar los contratantes su consentimiento mediante el procedimiento legal y reglamentario correspondiente, pues la voluntad estatal debe expresarse según las formas especiales que el Derecho público prevé”⁶⁴.

a. El Estado Contratante

Pueden ser sujetos de los contratos de la Administración todas las personas jurídicas públicas, es decir: el Estado, gobiernos regionales, municipalidades, empresas del Estado, corporaciones públicas, consorcios públicos, juntas vecinales públicas, etc. En todos los casos los principios aplicables son los mismos, las reglas son semejantes, pues siempre será parte un órgano estatal o no estatal en ejercicio de la función administrativa. Tal y como se ha regulado en el artículo 3° de la nueva Ley.

Por otra parte, muchas personas piensan que, cuando se tiene al Estado como contratante, será este quien imponga las reglas y el contratista solo se encontraría limitado a aceptarlas, tal y como años atrás estuvo tradicionalmente vinculado con

⁶² DROMI, Roberto. Ob. Cit., 447.

⁶³ SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo. *Introducción a la contratación estatal* [ubicado el 12 de XI del 2015]. Obtenido en [http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1\(2\).pdf](http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1(2).pdf).

⁶⁴ SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo. *El Concepto y los Factores de los Contratos de la Administración Pública como Referentes Necesarios para el Desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú* [ubicado el 11 de XI del 2015]. Obtenido en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/12/el-concepto-y-los-factores-de-los-contratos-de-la-administracion-publica-como-referentes-necesarios-para-el-desarrollo-del-sistema-de-contratacion-en-el-peru/>.

su poder de imperio, es decir con su capacidad de generar efectos jurídicos en el mismo y en terceros, sin necesidad de pacto o acuerdo alguno.

Sin embargo, "... con la consolidación del Estado Moderno, se empieza a generalizar una especialización en los contratos con terceros, para los cuales no alcanza ya los meros límites del contrato civil, de modo tal que empiezan a generalizarse los procesos de contratación de obras públicas y provisión de servicios y, primero de modo restringido al suministro de bienes y luego a la adquisición de bienes los bienes en general, la compra de bienes requeridos para el cumplimiento de sus funciones públicas"⁶⁵. Sino tan solo, pongámonos a pensar en la cantidad de trabajadores que brindan servicios a la Administración Pública, los materiales que utilizan y las edificaciones donde desempeñan sus respectivos empleos; todos ellos, nacen de un contrato administrativo.

Entonces con todo lo ya desarrollado, podemos señalar que el Estado a través de sus entidades públicas, cuando se encuentra dentro de una relación bilateral, ya sea adquiriendo bienes, contratando servicios o ejecuta obras, los efectos no se limitan a la relación bilateral que nace del contrato respectivo, sino que se extienden más allá; es decir, a diferencia de una relación civil donde cada una de las partes buscan satisfacer sus propias necesidades de manera específica (compra – venta de inmueble); en caso del Estado, busca satisfacer necesidades y demandas públicas; como por ejemplo al construir un colegio, se ayudará a mejorar la educación.

Ante ello, para fundamentar un poco más la idea de que, cuando el Estado actúa como contratante, no lo hace de una manera unilateral o celebra contratos por adhesión, pues volviendo a cita a SALAZAR CHÁVEZ señala que, "... ha quedado ya largamente superada la doctrina que diferenciaba entre contratos administrativos y contratos de la administración, según el cual los primeros eran relaciones contenidas de un alto contenido público y elementos estatutarios, mientras que por el otro los segundos eran relaciones en las cuales el Estado se despojaba de su ropaje público y participaba como un contratante privado más. Hoy en día por el contrario, se reconoce que el contrato administrativo no es una

⁶⁵ RAMÍREZ ZAMORA, Marco Aurelio. Ob. Cit. 301.

nueva forma de contratar ni una forma de negar el acto voluntario de sujeción de las partes, sino que por el contrario, no es más que el contrato tradicionalmente entendido, sujeto a reglas especiales”⁶⁶.

El Estado como contratante, se encuentra frente a un contrato típico y común sin ningún interés de sacar provecho del contratista; pues en palabras de GORDILLO, “...el contrato administrativo se constituye como un contrato típico, en el que hay un notorio desbalance de las partes a favor de la parte estatal sin eliminar el acto volitivo de las partes, pero a la vez contiene un contenido garantista básico a favor del contratista, que lo hace incluso más atractivo frente a otras relaciones, estrictamente privada, en la que la diferencia de posición de las partes es igualmente marcada”⁶⁷.

Finalmente, nos parece importante añadir sobre la primera participación del Estado como contratante, es la convocatoria que realiza la entidad interesada, ya que se encuentra obligada a realizar el siguiente procedimiento: “... comunican y explican a los interesados los requerimientos objeto de la contratación y aclara cuándo y dónde deberán ofrecer sus propuestas, señala además, tanto la forma por la cual se evaluarán y calificarán las propuestas como los criterios que regirán la elección de la mejor, así como también las condiciones en que pretende realizar el contrato”⁶⁸. Dando origen a la convocatoria y el registro de participantes.

b. El contratista

Pueden ser contratistas de la Administración Pública, las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas dentro o fuera del territorio de la República, pertenecientes al ámbito privado, con la finalidad de satisfacer intereses económicos de carácter personal.

Volviendo a citar a MARTINEZ ZAMORA, lo define como “... el segundo actor del contrato es por supuesto el contratista, entendido como el actor privado que hace las veces de contraparte del Estado y que, para adquirir dicha condición, se somete

⁶⁶ SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo. Ob. Cit., 49

⁶⁷ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Parte general*. 4ª edición, Buenos Aires, Ara, 2003, XI-2LO, 129.

⁶⁸ ÁLVARES ILLANES, Juan Francisco; y ÁLVARES LLOSA, Renato Antonio. *Manual operativo de las contrataciones del Estado*, Lima, Álvares y Llosa editores, 2017, 538.

a las reglas preestablecidas definidas por aquel. En este tema, existen dos elementos que caracterizan al contratista del Estado: i) Su forma de selección (compromiso precontractual); ii) Las garantías o compromisos que le reserva el Estado (compromiso contractual)”⁶⁹.

Respecto al contratista, es este quien tiene que esperar una convocatoria para poder participar ya que será la entidad pública contratante la que decidirá con quién celebrar el contrato, pues como hemos mencionado párrafos anteriores el fin para el cual contrata el Estado, es la satisfacción de las demandas y necesidades públicas, sumado a ello que el presupuesto con el que se pretende ejecutar la obra o los servicios, son de carácter público; por ello es que se deberá, escoger muy bien al contratista.

En conclusión, la entidad pública siempre estará facultada para dar origen al contrato administrativo, mientras que no todo postor se convertirá en contratista. “Es importante tener en cuenta, en este rubro, que no cualquier persona natural o jurídica puede acceder a la condición de proveedor del Estado. Existen dos límites: Uno de carácter prohibitivo (personas naturales o jurídicas que no pueden ser proveedores del Estado en todo el territorio nacional o en un ámbito más limitado); otro de carácter inhabilitante (personas naturales o jurídicas que si bien potencialmente pudieron ser proveedores del Estado, han sido excluidas de dicha posibilidad, en función a una sanción impuesta por el Estado, que les ha excluido de dicha posibilidad”⁷⁰.

Como se podrá notar, no cualquier persona natural o jurídica estaría facultada para contratar con la Administración Pública, pues no basta la sola intención o interés para hacerlo; es por ello que el Estado, utiliza mecanismos o procedimientos de selección para optar por el mejor y adecuado postor.

Resulta importante tomar en cuenta, como se mencionó en párrafos anteriores, el tema de los límites que se ha establecido para los posibles postores; ya que nuestro ordenamiento jurídico, se ha protegido respecto a ese tema para que no se contrate con cualquier tipo de persona. Es así que en cuanto a los límites de

⁶⁹ RAMÍREZ ZAMORA, Marco Aurelio. Ob. Cit. 305.

⁷⁰ *Ibíd.*

carácter prohibitivo, doctrinariamente se dice que: "... no pueden participar y por ende, contratar con el Estado, en los diversos procesos que este convoque para adquirir un bien o contratar un servicio u obra; ya sea por su alta investidura nacional, regional o municipal, el grado de participación en las necesidades de la entidad, su vinculación con tales impedidos, tal como el caso del cónyuge, conviviente o parientes."⁷¹; en cuanto a nuestra legislación, sí establece éste tipo de límites, ya que se encuentra regulado en el artículo 11° de la nueva ley.

Resultando entonces, que las limitaciones de carácter prohibitivo, necesariamente deberán ser expresas en una ley, pues de otro modo se estaría dejando a consideraciones de orden puramente subjetivo, la determinación de quien puede y quien no puede ser proveedor del Estado.

Finalmente, nos resulta importante tomar en cuenta los límites inhabilitantes, desarrollados también por MARTINEZ ZAMORA, quien menciona: "... en estos casos en principio el proveedor sí tenía aptitud para contratar con el Estado, pero la comisión de un acto imputable a su parte ha determinado su inhabilitación para contratar en vía administrativa, es decir tienen su origen en una conducta del propio proveedor, que determina que para la Administración dicha persona natural o jurídica deja de ser un proveedor deseable, excluyéndolo de modo temporal o definitivo de toda opción de ser contratista"⁷².

Remitiéndose a nuestra legislación, en cuanto a este tipo de limitaciones, encontramos en la nueva ley de contrataciones al artículo 50.2, en los incisos b) y c) respectivamente, donde se ha detallado acerca de las inhabilitaciones temporales y definitivas; así también el reglamento de la nueva ley, señala respecto de éste tipo de limitaciones en su artículo 236° Limitaciones a la inscripción del Registro Nacional de Proveedores.

Entendiendo nuestra legislación, al término "inhabilitación" como "... la privación, por un periodo determinado del ejercicio de derecho a participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos

⁷¹ Ibídem.

⁷² RAMÍREZ ZAMORA, Marco Aurelio. Ob. Cit. 308.

de Acuerdo Marco y contratar con el Estado”⁷³. Obviamente, esta definición referida netamente a la inhabilitación temporal.

Habiendo dejado claro, las características, condiciones y límites de un contratista; una vez seleccionado y obtenido la condición de tal, para poder ser parte de un contrato administrativo, las partes estarían mostrando su consentimiento la cual representa la voluntad de las mismas, con las prestaciones recíprocas a cumplir con cada una de ellas. “Es muy importante constatar que los representantes de las partes estén plenamente acreditados y facultados para expresar el consentimiento. En el caso de la Administración Pública el funcionario que suscribe el contrato debe tener designado la competencia para tal fin, de no contar con esa capacidad el contrato deviene en ineficaz”⁷⁴.

Sobre este elemento, tanto la doctrina, legislación y jurisprudencia han considerado al consentimiento como el acuerdo de voluntades en torno a un fin, que vendría a ser la causa fundamental del contrato administrativo.

B. Objeto

Sobre el objeto del contrato administrativo, la Administración Pública buscará satisfacer las necesidades de una población y en cuanto al privado, pues buscará demostrar su capacidad productiva en su actividad para seguir siendo parte y conseguir mayores ventajas en las futuras contrataciones.

Así se menciona específicamente, que “el objeto de los contratos administrativos tiene que ser determinado y deberá tener un precio cierto”⁷⁵. Pues como se ha venido repitiendo enumeradas veces, la administración protege a la sociedad, por ese mismo motivo tanto la causa como el objeto del contrato, surgen en razón del interés social y la necesidad pública.

La administración pública, en general está al servicio de los requerimientos de la población, es por eso que los contratos administrativos, pueden tener por objeto una obra, servicio público o cualquier otra prestación que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales. Con ello

⁷³ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro; y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. Ob. Cit. 1736.

⁷⁴ Cfr. FALEN INCHÁUSTEGUI, Oscar. Ob. Cit., 85.

⁷⁵ *Los contratos públicos y privados* [ubicado el 14 de XI del 2015]. Obtenido en <http://es.scribd.com/doc/16389795/LOS-CONTRATOS-PUBLICOS#scribd>.

podemos afirmar que, un primer punto a destacar en el contrato administrativo, es su carácter necesario.

Pues las entidades públicas, a través de los contratos administrativos "... ejecutan una función administrativa importante y primordial del Estado para el cumplimiento de sus objetivos y que le permita alcanzar sus fines y metas programadas, cuyos resultados deben redundar en beneficio de la ciudadanía"⁷⁶. Siendo ello así, se entendería que el objeto del contrato administrativo, estará presente desde la adquisición de bienes, ejecución de obras, hasta la gestión de servicios al Estado.

Así también en palabras de SERRA ROJAS, nos menciona: "El elemento objetivo del contrato viene a estar determinado por todas las finalidades comprendidas dentro de la competencia de la administración pública, por razón de la materia, para llevar a cabo la actividad que es objeto del contrato administrativo"⁷⁷; resultando este elemento, netamente necesario en el cual pueda recaer el origen la relación contractual entre el contratista y el privado, convirtiéndose de esa manera en la obligación que deberán cumplir las partes.

Ante todo lo desarrollado, podemos entonces concluir, que las necesidades y requerimientos de las Entidades para para las contrataciones públicas, que son objeto de las prestaciones, son los bienes, servicios y obras.

C. Causa

En nuestras propias palabras, podríamos decir que, cuando hacemos referencia a la causa de un contrato, nos estamos refiriendo al motivo determinante por el que se contrata. Y en cuanto a la causa de un contrato administrativo, como lo hemos venido repitiendo innumerables veces, estaría relacionado directamente con el interés público y en el caso del contratista, el obtener el lucro en mérito a la ejecución y cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Es decir, la causa sería el motivo determinante que impulsa a las partes a contratar.

De la información recaba, sobre el tema que ahora nos encontramos desarrollando, se ha señalado además que, "en los contratos administrativos, la idea de causa o

⁷⁶ ÁLVARES ILLANES, Juan Francisco; y ÁLVARES LLOSA, Renato Antonio. Ob., Cit. 13.

⁷⁷ SERRA ROJAS, Andrés. *Derecho Administrativo*, México D.F. – México, editorial PORRUA, 1997, 268.

motivo determinante, tiene más importancia que en los contratos de Derecho Privado, porque presupone que el interés público o el objetivo de la institución, es a lo que se refiere el contrato administrativo”⁷⁸.

Al respecto, no vamos a entrar en detalle cuál de ellas es la más importante; pero lo que sí podemos asegurar, es que los contratistas en esta relación jurídica administrativa, tienen diversas razones para querer contratar, como el lucro por ejemplo; mientras que la administración pública, tendrá como causa fundamental, satisfacer el interés público.

Un punto importante a resaltar, es la diferencia que existe entre el objeto y causa de los contratos administrativos, ya que mientras “el objeto es el servicio público, “la utilidad o el interés social”; causa significa razón o motivo concreto determinante de la obligación”⁷⁹.

D. Forma

El contrato administrativo, como todo contrato, supone un acuerdo voluntario, pues no significa un acto unilateral de la administración pública, sino bilateralidad de partes.

Siendo así que la forma o formalidad, es uno de los elementos que diferencia sustancialmente el contrato administrativo del contrato civil, ya que “en el derecho administrativo la situación es muy distinta, los representantes de la administración pública, son gestores de intereses generales y por ello se precisa, establecer garantías para evitar abusos, muy posibles cuando las actividades cuyo cuidado se tiene, no son las propias y esas garantías lo constituye, los requisitos de forma, los cuales se consideran como límites impuestos a su actividad, que no puede franquear la administración pública”⁸⁰.

Estando de esa manera los funcionarios públicos obligados a ser los gestores de los intereses generales, su actuación administrativa se encuentra regulada por

⁷⁸ Cfr. GUEVARA REYES, Jefferson César. *Elementos esenciales que permiten demostrar la vigencia del contrato administrativo, frente al contrato civil*, Tesis para optar el grado de Magister, Trujillo, U.N.T., 2007, 80.

⁷⁹ ALTAMIRA, Pedro Guillermo. “El contrato administrativo”, *Revista de economía estadística*, Vol. 05, 1997, 53 – 70.

⁸⁰ GUEVARA REYES, Jefferson César. Ob. Cit., 81.

normas establecidas, con la cual se garantiza evitar irregularidades. De allí, que “... debe cumplirse con las formalidades que las normas establecen, obligando a que varios agentes de la Administración Pública intervengan en las contrataciones, y de una u otra forma se constituyen en agentes que se controlan los unos con los otros. El cumplimiento de estas formalidades asegura la validez y existencia misma del contrato”⁸¹.

Sobre la formalidad en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en la nueva ley y su reglamento, no se encuentra prescrito expresamente; sin embargo, claramente en el Artículo 137° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se ha regulado al tema de “perfeccionamiento del contrato”, en cual se da a conocer la suscripción del documento que lo contiene, luego de haberse otorgado la buena pro al postor adjudicado.

En relación a ello, cabe señalar que, con el otorgamiento de la buena pro, “... se genera el derecho del postor ganador del procedimiento de selección de perfeccionar el contrato con la Entidad. Sin embargo, dicho perfeccionamiento además de un derecho, constituye una obligación del postor, quien, como participante del procedimiento de selección, asume el compromiso de mantener la seriedad de su oferta hasta el respectivo perfeccionamiento del contrato, lo cual involucra su obligación, no solo de perfeccionar el acuerdo a través de la suscripción del documento contractual o la recepción de la orden de compra o de servicios, sino también la de presentar la totalidad de los requisitos requeridos en las bases para ello”⁸².

Así también, de acuerdo con el numeral 32.1., del artículo 32 de la ley en comentario, prescribe: “El contrato debe celebrarse por escrito y se ajusta a la proforma incluida en los documentos del procedimiento de selección con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el mismo”, entre otros artículos que tanto la ley y el reglamento, han regulado para la formalidad del contrato.

Pudiendo de tal manera afirmar, que la formalidad en un contrato administrativo, se encuentra establecido a efectos de dotar de garantías a los postores y a la entidad

⁸¹ FALEN INCHÁUSTEGUI, Oscar. Ob. Cit., 86.

⁸² CAPCHA REYMUNDO, Olivia Blanca. *Las contrataciones y adquisiciones del Estado en la jurisprudencia del OSCE*, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2017, 183 – 184.

contratante, pues ya plasmado en un instrumento fuente de obligaciones, se estaría dando origen a responsabilidades a ambas partes contratantes.

Hasta el párrafo anterior, hemos tratado de desarrollar todo lo que se debe entender por contrato administrativo, sus principios y finalmente sus elementos, mismos que quizá no han sido desarrollados detalladamente, o en orden a comparación de los principios, esto debido a que, solo se ha tomado en cuenta a aquellos que, son sumamente importantes y los que más sobresalen en el contrato de obras públicas, ya que es el tema que nos ocupa en la presente investigación.

CAPÍTULO 2

PROCESO DE CONTRATACIÓN Y RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS

2.1 Desarrollo abreviado de los componentes del proceso de contrataciones

El proceso de contratación es un proceso integral y sistemático cuyo desarrollo se realiza a través de un conjunto de elementos que incluyen desde el plan anual de contrataciones hasta la emisión de informes, que sería el resultado del proceso de contratación.

El plan anual de contrataciones, deberá tener concordancia con el plan operativo y el presupuesto institucional del periodo, ya que se trata de “una secuencia de acciones, objetivos y estrategias organizadas y estructuradas sistemáticamente, que buscan intervenir deliberadamente en las contrataciones del Estado con la finalidad de orientarla hacia procesos y procedimientos de selección en condiciones planificadas, programadas con objetivos definidos y estrategias predeterminadas y en condiciones óptimas, tanto de calidad, precios, oportunidad, destinados a reducir los niveles de incertidumbre, de transparencia y riesgos inherentes a las compras del Estado y otorgarle mayor eficiencia y efectividad a sus intervenciones”⁸³.

Un punto muy importante sobre el plan de contrataciones, es su propósito principal, ya que se rige por “permitir a los responsables de las contrataciones a, definir, programar las necesidades y los procedimientos de selección así como a diseñar

⁸³ CAPCHA REYMUNDO, Olivia Blanca. Ob. Cit., 287.

las estrategias, las secuencias de proceso de contrataciones, procedimientos, recursos y documentos formalizados que se va a ejecutar durante las distintas etapas y en especial en la etapa contractual con la finalidad de obtener procesos y procedimientos de calidad de los objetos de calidad”⁸⁴.

Luego en el proceso de contratación, se desarrolla los objetivos y estrategias definidas. Se entenderá como objetivos definidos, a los “efectos o propósitos que se espera alcanzar de las contrataciones llevados a cabo por la entidad, estos cambios se pueden obtener a partir de la ejecución de acciones que definirán las estrategias para realizar los mejores procedimientos de selección respecto al objeto de la contratación, con la finalidad de contratar en las mejores condiciones de calidad, precio, oportunidad, integridad y transparencia de las compras estatales”⁸⁵.

Respecto a las estrategias definidas, deberán estar a cargo del órgano encargado de las contrataciones, por lo que “promoverá y desarrollará las mejores estrategias en las contrataciones públicas a través de: acciones, actos administrativos, otros medios y recursos planificados sistemáticamente en el tiempo que se ejecutan para lograr que las contrataciones lleguen a su fin en las mejores condiciones de calidad y cantidad”⁸⁶.

Todo este proceso deberá estar regido por un marco normativo o normas específicas, que van desde la Constitución Política del Estado, específicamente en el artículo 76^o⁸⁷, La Ley y el reglamento de las Contrataciones del Estado, Resoluciones del Tribunal de Contrataciones y las opiniones y pronunciamientos del OSCE. Ya que serán estas mismas normas, las que van a determinar los métodos de contratación, lo procedimientos de selección, el sistema de ejecución contractual y la modalidad de ejecución del contrato.

⁸⁴ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro; y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. Ob. Cit., 491.

⁸⁵ ÁLVARES ILLANES, Juan Francisco y ÁLVARES LLOSA, Renato Antonio. Ob., Cit. 33.

⁸⁶ *Ibídem*.

⁸⁷ Artículo 76.- Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública: Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

Así también, otro de los componentes resaltantes del proceso de contratación, viene a ser la forma o tipo de contratación, entendida como “el conjunto de características que hacen que una contratación sea diferente y conveniente para la entidad, cada vez que se quiera realizar”⁸⁸.

Sumado a ello, hay un punto muy importante que deberá ser desarrollado, se trata de las fases del proceso de contratación; pues se menciona que la palabra fase, admite varios usos, los cuales van de acuerdo al contexto en el que se estaría empleando, para la gestión pública en éste caso, se estaría definiendo como “el estado diferenciado en el desarrollo del proceso administrativo, operativo, financiero, de contrataciones, etc. Por lo tanto, primero se deben crear las fases y segundo, se debe crear las etapas y tercero, se deben conectar las fases y etapas como un flujo de actividades y procedimientos de un extremo a otro”⁸⁹.

Como se mencionaba, no deberá ser confundida o comparada las fases con las etapas del proceso de contratación, ya que respecto de las etapas se deberá entender como el “trayecto que se recorre entre dos puntos, en un periodo de tiempo delimitado y contrapuesto siempre con un momento anterior y con otro posterior a través de la cual se desarrollan las actividades y procedimientos de las contrataciones, e implica la sucesión de eventos o actividades desarrollados durante un periodo, que han sido ordenados y clasificados lógicamente y secuencialmente”⁹⁰.

Por otra parte, cada procedimiento de selección tiene sus propios requerimientos de acuerdo a las circunstancias de su convocatoria, por lo general se debe contar con un expediente de contratación, un comité de selección (con sus respectivas funciones y responsabilidades) y una asignación presupuestal.

De dichos requerimientos, se ha desprendido un tema muy importante para nuestra línea de investigación y que a la vez es un componente del proceso de contratación, ya que se trata de los órganos responsables de las contrataciones y

⁸⁸ SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo. Ob. Cit. 35

⁸⁹ DANÖS ORDÓÑEZ, Jorge. Las razones de la reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo peruana, en *Estudio de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Iberoamericano Innovación y reforma. Libro homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne*, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2018, 228.

⁹⁰ *Ibíd.*

procedimientos de selección, los cuales están integrados por el titular de la Entidad contratante, quien viene a ser la más alta autoridad ejecutiva, el área usuaria como la responsable de la de la adecuada formulación del requerimiento, el órgano encargado de las contrataciones y el comité de selección; los cuales se encuentran regulados en el artículo 8° de la ley de Contrataciones del Estado.

Dichos órganos serán los responsables de los recursos públicos asignados a las contrataciones que previamente han sido incluidos previamente en el plan anual; así como de la documentación pertinente que sustenta todo el proceso.

A. Procedimientos de selección clásicos, respecto de las obras públicas

Uno de los cambios más resaltantes que ha implementado la nueva ley de Contrataciones del Estado es la regulación de las modalidades o métodos de contratación. Esta nueva regulación “se encuentra orientada a agilizar los procesos de contratación de dos maneras: i) Aumentado a 7 las modalidades de contratación; y ii) flexibilizando los procedimientos de las modalidades ya existentes”⁹¹.

Ahora bien, el Estado no contrata siguiendo un mismo método o procedimiento sino que “utiliza distintas formas de contratación que varían en atención a dos criterios: i) qué es lo que vaya a contratar (bien, servicio u obra); y ii) el valor estimado o referencial de lo que se vaya a contratar (el cual debe estar previsto en el PAC). A estas distintas formas que utiliza para contratar se les conoce como modalidades de contratación, métodos de contratación o tipos de procedimiento de selección”⁹².

Como se mencionó en el primer párrafo, según nuestro ordenamiento jurídico, ha regulado siete procedimientos de selección, de acuerdo al monto, al objeto de la contratación y al órgano encargado; sin embargo solo desarrollaremos a tres de ellos, ya que son los que se encuentran abocados a las obras públicas.

⁹¹ OSCE. *Las modalidades de contratación, en la nueva ley de contrataciones* [ubicado el 02.X del 2017]. Obtenido en [http:// portal.osce.gob.pe/osce/las-modalidades-contratacion-publica-la-nueva-ley-contrataciones-del-estado/](http://portal.osce.gob.pe/osce/las-modalidades-contratacion-publica-la-nueva-ley-contrataciones-del-estado/)

⁹² DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Ob. Cit., 235.

a. Licitación pública

Según la normativa de contrataciones públicas, señala que este procedimiento de selección, tiene como objeto a los bienes y ejecución de obras, el cual se encuentra a cargo del comité de selección.

Respecto a su definición, se menciona que “una licitación es el proceso por el cual empresas privadas se postulan para ser contratadas por la Administración pública. Su finalidad es proveer de un determinado servicio público. Se pueden presentar aquellas empresas del sector concreto sobre el cual recae la licitación, siempre y cuando cumplan con todos los requisitos marcados”⁹³.

La nueva ley incentiva la participación de privados mediante “... la flexibilización de requisitos y la simplificación de procesos. Tiene por finalidad seleccionar en un marco de libre competencia la oferta que asegure cumplir el fin público. Las Entidades Públicas solo pueden usar este método cuando deseen contratar los siguientes objetos: Bienes mayores a S/ 400 000 y Obras mayores a S/. 1 800 000”⁹⁴.

Dentro de esta modalidad de contratación, se ha considerado la licitación pública con pre-calificación, la cual también se encuentra a cargo del comité de selección; sin embargo, una de sus diferencias es el monto utilizado para la ejecución de obras.

La licitación con pre-calificación, se encuentra regulado en el artículo 57° del Reglamento y en su primero numeral prescribe: “La Entidad puede optar por convocar la licitación pública con precalificación para la ejecución de obras cuando el valor referencial de la contratación es igual o superior a veinte millones de Nuevos Soles (S/. 20 000 000,00), con la finalidad de preseleccionar a proveedores con calificaciones suficientes para ejecutar el contrato, e invitarlos a presentar su oferta. Esta modalidad exige la existencia de, por lo menos, dos participantes precalificados”.

⁹³ INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS. *Licitación pública en el Perú* [ubicado el 02.X del 2017]. Obtenido en <http://incispp.edu.pe/blog/licitacion-publica-peru/>

⁹⁴ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro; y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. Ob. Cit., 473.

Como podemos observar, con “la nueva ley de contrataciones, se añade un tipo especial de Licitación Pública: La licitación Pública con precalificación, la cual puede ser utilizada para los casos en que se lleve a cabo una contratación cuyo valor referencial sea igual o mayor a 20 millones de soles”⁹⁵.

b. Concurso público

En el caso de concurso público, el objeto de su contratación se encuentra relacionado directamente, con los servicios en general, consultorías en general y consultorías de obras; el órgano encargado, es una vez más el comité de selección.

Las entidades deben optar por esta modalidad “... cuando se contraten servicios cuyo monto sea igual o mayor a 400 soles. El concurso público debe seguir el mismo procedimiento que la licitación pública. Por esa razón las modificaciones en la nueva ley de contrataciones son las mismas”⁹⁶.

Se encuentra regulado en el artículo 77° del Reglamento de la nueva ley; donde se regula las condiciones para el uso del concurso público: “La entidad debe utilizar el concurso público para contratar servicios en general, consultorías en general, consultorías de obras y modalidad mixta”.

Entiéndase a los términos utilizados, en el artículo precedentemente citado de la siguiente manera: “servicios en general: cualquier servicio que puede estar sujeto a resultados para considerar terminadas sus prestaciones. Consultoría en general: servicios profesionales altamente calificados. Consultoría de obra: servicios profesional altamente calificado consistentes en la elaboración del expediente técnico la persona natural o jurídica encargada de dicha labor debe contar con una experiencia especializada no menor de 1 año; en el caso de supervisión de obra, la experiencia especializada debe ser no menor de 2 años”⁹⁷.

c. Adjudicación simplificada

Uno de los nuevos métodos establecidos en la Ley para que el Estado haga Contrataciones es la Adjudicación Simplificada. “Este método viene a unir en uno

⁹⁵ INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS. Ob. Cit.

⁹⁶ DANÖS ORDÓÑEZ, Jorge. Ob. Cit., 238.

⁹⁷ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro; y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. Ob. Cit., 517.

solo la adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía, que existían en la anterior Ley. Se trata de un método más breve, con etapas, plazos y requisitos flexibles”⁹⁸.

Este tipo de procedimiento, al igual que los ya desarrollados, también se encuentra a cargo del comité de selección, a pesar de ser un proceso abreviado por excepción requiere designar un comité de selección, ya que cuenta con un fin y financiamiento público.

Esta modalidad de contratación se rige por las mismas reglas y etapas que el Concurso Público, “la diferencia reside en que los plazos son más cortos; asimismo se contempla la posibilidad de que la presentación de ofertas se realice en acto privado con la finalidad de agilizar y simplificar el procedimiento. Además el pliego de consultas y observaciones a las Bases no se eleva al OSCE. El comité de selección determina en dichas Bases si la presentación de las ofertas se realiza en acto público o privado.”⁹⁹.

En cuanto a los montos, La adjudicación simplificada es un método de contratación que las entidades públicas pueden utilizar para contratar: Bienes y Consultorías en general mayores a S/. 33, 200 y menores a S/. 400 000 y Ejecución de obras mayores a S/. 33, 200 o menores a S/. 1 800 000. Pues así se ha regulado en el artículo 16° de la Ley de presupuestos del Sector Público.

2.2 El contrato de obras, mediante licitación pública

Al inicio de la presente investigación mencionamos, que para el desarrollo estatal se debería contar con adecuada infraestructura, para los servicios sociales; pues cuando hacemos referencia a infraestructura, inmediatamente nos viene a la mente el tema de una ejecución o edificación de una obra; es por ello que, éstas reciben la denominación de obras públicas, porque buscan satisfacer las necesidades de la comunidad.

Una obra pública, se define como “el resultado derivado de un conjunto de actividades materiales que comprenden la construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de

⁹⁸ ÁLVARES ILLANES, Juan Francisco y ÁLVARES LLOSA, Renato Antonio. Ob., Cit. 389.

⁹⁹ INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS. Ob. Cit.

bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos; destinadas a satisfacer necesidades públicas”¹⁰⁰.

Así también se menciona, que “una obra pública nace de la constatación de una necesidad pública, para poder satisfacer dicha necesidad surge una idea, la cual debe mostrar rentabilidad o efectividad.”¹⁰¹.

Para SERRA ROJAS, una obra pública “es aquella que desarrolla el Estado y que tiene un fin social. Esas obras se financian con fondos públicos (recaudados mediante los impuestos y tributos) y no tienen afán de lucro (es decir, su objetivo no es generar ganancias financieras, sino prestar un servicio útil a la comunidad”¹⁰².

Sobre el contrato de obra pública, en doctrina se ha mencionado que pertenece a la especie de contratos públicos para el otorgamiento de derechos administrativos a los particulares, pues “lo que caracteriza a estos contratos es que tienen por objeto regular la prestación de un servicio público o la ejecución de una obra pública, con la correspondiente cesión de un derecho de explotación exclusiva de dicha obra o servicio por parte del Estado al concesionario por un tiempo necesariamente determinado”¹⁰³.

Si bien el Estado busca la satisfacción de las necesidades de la comunidad, a través de la ejecución de obras públicas, cierto es también que durante la planificación y ejecución de la misma, se deberá cumplir la finalidad de la ley, “maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y

¹⁰⁰ OSCE. *Contratación de obras públicas* [ubicado el 26.XI del 2017]. Obtenido en http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/cursos_contratacion_obras/libro_cap1_obras.pdf

¹⁰¹ RC CONSULTING, Escuela de Gobierno y Gestión Pública. *Obras públicas* [obtenido el 26.IX del 2017]. Obtenido en <https://rc-consulting.org/blog/2017/06/una-obra-publica/>.

¹⁰² SERRA ROJAS, Andrés. Ob. Cit., 635.

¹⁰³ HUAPAY TAPIA, Ramón. Concepto, especies y criterios del contrato público, en *Estudio de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Iberoamericano Innovación y reforma. Libro homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne*, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2018, 625.

bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos”¹⁰⁴.

Del párrafo anterior se desprende una definición muy importante “gestión por resultados” y lo desarrollamos en este punto de la investigación, ya que un contrato de obras públicas, tiene un carácter netamente presupuestal, pues desde nuestro punto de vista toda vez que, desde la planificación, el requerimiento, hasta el pago final en la ejecución del contrato, tiene vinculación con el proceso presupuestario.

El OSCE establece que la gestión por resultados, “también denominada administración por objetivos, es un enfoque de gestión que busca incrementar la eficacia y el impacto de las políticas del sector público a través de una mayor responsabilidad de los funcionarios por los resultados de su gestión. Se caracteriza por la adecuación flexible de los recursos, sistema de gestión y estructura de responsabilidades, a un conjunto de resultados estratégicos precios, definidos y dados a conocer con antelación, posibles de cumplir en un periodo establecido de tiempo”¹⁰⁵.

En ese sentido, luego de haber mencionado que el motivo fundamental de la administración pública es satisfacer las necesidades públicas, a través de la inversión o gasto público; es decir la entidad pública deberá saber ¿por qué contrata? ¿Cuáles son los motivos por los que se contrata consultoría de obras y ejecución de obras?, para ello es que sirve la gestión por resultado que ha implementado nuestra administración pública.

Así también respecto a la gestión por resultados, se dice que “la calidad implica mejorar permanentemente la eficacia y eficiencia de la organización de sus actividades y estar siempre muy atento a las necesidades del ciudadano y a sus demandas y necesidades o muestras de insatisfacción. Si los procesos, se

¹⁰⁴ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro; y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. Ob. Cit. 11.

¹⁰⁵ OSCE. *Gestión por resultados en la contratación pública* [ubicado el 27.IX del 2017]. Obtenido en http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Materiales/Gest_por_re sul1.pdf.

planifican, depuran y controlan, aumentará la capacidad de la organización y su rendimiento”¹⁰⁶.

Por lo tanto, la calidad percibida por los ciudadanos está condicionada por la forma en que la organización realiza todas las actividades que repercuten en el servicio que presta a los ciudadanos. Sumado a ello, es la inversión que realiza la entidad pública, proveniente de fondos públicos.

Es por ello, que para la ejecución de una obra pública, se ha regulado diversos procedimientos para llevar a cabo una obra pública, los cuales han sido desarrollados en el apartado anterior, de todos los desarrollados, nos vamos a centra principalmente en la licitación pública.

Entonces si la administración pública, ha modificado su forma de gestión, ha regulado la finalidad de las contrataciones públicas; por qué en más de una oportunidad, es nefasto el producto final de la ejecución de una obra pública. Quiénes son los responsables de ello; durante el transcurso de la presente investigación, iremos desarrollando este tema y lo que haría falta regular, por lo menos en ley, para que realmente el resultado de la ejecución de una obra pública sea favorable y duradero.

A. Etapas para llevar a cabo una licitación pública

El diccionario de la Real Academia señala que la etapa, es el momento, periodo o estado que se divide un proceso. Para entender mejor el proceso de contrataciones es necesario entender a sus etapas y fases. “Cada etapa interviene en forma secuencial e independiente, desarrollando actos administrativos y procedimientos para desarrollar el objeto de la contratación en las mejores condiciones de calidad, oportunidad y precio, así como la consecución de la finalidad pública”¹⁰⁷.

De esa manera podemos entender que el proceso de la contratación, tiene como finalidad establecer el orden de prioridad de la ejecución de los actos administrativos, durante el proceso de contrataciones así como en los procedimientos de selección.

¹⁰⁶ ÁLVARES ILLANES, Juan Francisco; y ÁLVARES LLOSA, Renato Antonio. Ob. Cit., 236.

¹⁰⁷ OSCE. *Gestión por resultados en la contratación pública*. Ob. Cit., 22.

Según nuestra doctrina y ordenamiento jurídico nacional, señalan que la finalidad de los procedimientos de selección, busca “establecer los lineamientos regulaciones, requerimientos y otros criterios orientados a desarrollar el conjunto de actos y hechos administrativos relacionados con las contrataciones del Estado con la finalidad de seleccionar a la persona natural o jurídica idónea después de un proceso de selección riguroso con la cual las Entidades del Estado va a celebrar un contrato por bienes, servicios en general, servicios consultorías o la ejecución de una obra”¹⁰⁸.

Un tema muy importante respecto a lo que nos encontramos desarrollando, son los requerimientos para convocar los procedimientos de selección y además que son requisitos fundamentales; al inicio de este capítulo lo mencionamos, pero creemos necesario incidir una vez más. Primero, es requisito para la convocatoria de los procedimientos de selección, que estén incluidos en el Plan Anual de Contrataciones.

Según la normativa, en el numeral 6.4 del Artículo 6° del Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado ha regulado: “Es requisito para la convocatoria de los procedimientos de selección, salvo para la comparación de precios, que estén incluidos en el Plan Anual de Contrataciones, bajo sanción de nulidad”.

Segundo, que cuente con la certificación presupuestal correspondiente; “contar con la certificación de crédito presupuestario, de conformidad con las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público, considerando, además y según corresponda, las reglas previstas en dicha normatividad para ejecuciones contractuales que superen el año fiscal”¹⁰⁹.

El tercer requerimiento, se trata del expediente de contratación y en el caso de obras, que es el caso que nos ocupa deberá contar con expediente técnico y el terreno. En el numeral 41.2 del Artículo 41° del Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado, se ha regulado: “Tratándose de procedimientos de selección para la ejecución de obras se requiere contar adicionalmente con el expediente técnico y la disponibilidad física del terreno, salvo que, por las

¹⁰⁸ SERRA ROJAS, Andrés. Ob. Cit., 361.

¹⁰⁹ RC CONSULTING, Escuela de Gobierno y Gestión Pública. Ob. Cit., 27.

características de la obra, se permita entregas parciales del terreno. En este caso, la Entidad adopta las medidas necesarias para asegurar la disponibilidad oportuna del terreno, a efecto de no generar mayores gastos por demoras en la entrega, bajo responsabilidad, salvo lo dispuesto en el numeral 146.2 del artículo 146”.

Conceptos muy importantes, para el desarrollo de nuestro tema se desprenden del párrafo anterior, se trata del expediente técnico y la disponibilidad física del terreno. Entendiéndose como expediente técnico de obra, “al conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, análisis de precio, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios”¹¹⁰.

Dicho expediente, por encontrarse dentro de un proceso de selección, se encontrará a cargo en todo momento de un comité de selección, por lo que las personas que lo conforman serán los encargados de gestionar, supervisar y suponemos que también deberán ser los responsables del resultado de la ejecución de la obra.

Finalmente, el último requerimiento consiste en que los participantes deberán estar inscritos en el Registro Nacional de Participantes; esto con el fin de ser plenamente identificados, para que de esta manera cumplan con sus contribuciones tributarias.

Una vez cumplido con todos los requerimientos para el procedimiento de selección, el comité de selección ya podrá dar inicio a las etapas del concurso público; en este caso, como ya veníamos mencionando, desarrollaremos el procedimiento de selección a través de la licitación pública, de acuerdo con lo regulado en el Artículo 70° del Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado prescribe:

Artículo 70° Etapas: La Entidad utiliza la Licitación Pública para contratar bienes y obras. La Licitación Pública contempla las siguientes etapas: a) Convocatoria. b) Registro de participantes. c) Formulación de consultas y observaciones. d) Absolución de consultas, observaciones e integración de bases. e) Presentación de

¹¹⁰ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro; y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. Ob. Cit., 264.

ofertas. f). Evaluación de ofertas. g). Calificación de ofertas. h). Otorgamiento de la buena pro.

El plazo para la presentación de ofertas no puede ser menor de veintidós (22) días hábiles, computados a partir del día siguiente de la convocatoria. Asimismo, entre la integración de las bases y la presentación de ofertas no puede mediar menos de siete (7) días hábiles, computados a partir de día siguiente de la publicación en las bases integradas en el SEACE.

a. Convocatoria

Luego de la elaboración y aprobación de las bases, el comité de selección debe realizar la convocatoria al proceso de contratación mediante su publicación en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado SEACE.

Una convocatoria realizada correctamente debe incluir la siguiente información: “La identificación, domicilio y RUC de la entidad que convoca; la identificación del procedimiento de selección; la descripción básica del objeto del procedimiento; el valor referencial en los casos previstos en el artículo 18° de la Ley; el costo de reproducción de los documentos del procedimiento de selección que se registren con la convocatoria; el calendario del procedimiento de selección y el plazo para el cumplimiento de las prestaciones”¹¹¹.

En esta etapa es importante aclarar algo más, “el valor estimado del bien debe registrarse obligatoriamente en el SEACE, no obstante, el reglamento dispone que este solo será de conocimiento público después del otorgamiento de la buena pro; lo que quiere decir que los postores deberán formular sus ofertas prescindiendo por completo de este dato”¹¹².

De lo descrito, entonces podemos señalar que a través de la convocatoria, el postor se entera de su existencia y para despertar su mayor interés y a la vez transparentar la contratación con el Estado, es obligatorio registrar en la convocatoria el valor referencial de la contratación.

¹¹¹ ÁLVARES ILLANES, Juan Francisco; y ÁLVARES LLOSA, Renato Antonio. Ob. Cit., 399.

¹¹² SERRA ROJAS, Andrés. Ob. Cit., 412.

La razón de fondo que se le atribuye a esta disposición, “es propiciar que los postores, al momento de formular sus propuestas, atiendan el aspecto técnico-funcional antes del económico”¹¹³.

Con lo que podemos notar, que a partir de esta etapa del procedimiento, si es que se llevará a cabo de una manera adecuada, se estaría cumpliendo con los principios de publicidad, transparencia e igualdad de trato, los cuales fueron desarrollados en el primer capítulo de esta investigación.

b. Registro de participantes

Una vez que el postor ha tomado conocimiento de la convocatoria, de acuerdo a lo regulado deberá proceder a una inscripción o registro. Es por ello, que el registro de participantes se entiende, como “el acto a través del cual los participantes interesados en los procedimientos de selección se registran electrónicamente a través del SEACE”¹¹⁴.

A su vez se exige a los postores o participantes, para su inscripción “deberán contar con inscripción vigente en el RNP, conforme al objeto de la contratación. El registro de participantes es gratuito y electrónico, a través del SEACE; se llevará a cabo desde el día siguiente de la convocatoria hasta antes del inicio de la presentación de ofertas o recepción de expresión de interés, según corresponda”¹¹⁵.

Como se habrá podido notar, esta etapa es una mera formalidad de la cual no tendría sentido agregar más contenido, ya que nos queda claro los pasos que deberá seguir el participante, para ser considerado el proceso de selección.

c. Formulación de consultas y observaciones

Todo postor participante, puede formular consultas y observaciones a las bases. “La consulta no implica cuestionar las bases, sino requerir el parecer o juicio del

¹¹³ Ibídem.

¹¹⁴ INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS. Ob. Cit.

¹¹⁵ ÁLVARES ILLANES, Juan Francisco; y ÁLVARES LLOSA, Renato Antonio. Ob. Cit., 344.

comité de selección, sobre la interpretación que el participante realiza respecto de un aspecto de las bases”¹¹⁶.

Con ello podemos entender, como consulta, a las solicitudes de aclaración u otros pedidos de cualquier extremo de las bases; como podemos advertir, las consultas no solo están circunscritas a la aclaración de algún contenido de las bases.

Las consultas comprenden también “otros pedidos de cualquier extremo de las bases, por ejemplo, solicitar la entrega de algún documento del procedimiento de selección. Como no se especifica la naturaleza de esta última petición, debemos entender que siempre estarán referidas al alcance y/o contenido de cualquier aspecto de las bases”¹¹⁷.

Respecto a las observaciones a las bases, según la norma señala que deberá realizarse de manera fundamentada, ya que “constituyen un cuestionamiento a las bases. Se presentan por lo siguiente: Por supuestas vulneraciones a la normativa de contrataciones; por vulneraciones a otras normativas que tengan relación con el objeto de contratación; no deben emplearse para formular peticiones que desnaturalicen la decisión de compra adoptada por la entidad”¹¹⁸.

Según lo regulado en el artículo 72° del reglamento de la nueva ley de contrataciones, el plazo para presentar las consultas y observaciones es de diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente de la convocatoria.

Por otra parte, la diferencia entre consulta y observación, radica: “la consultas no cuestionan. Buscan aclarar determinados aspectos de las bases; en cambio las observaciones cuestionan, ponen en duda la legalidad de aquella, por ello toda observación debe ser debidamente fundamentada. Se solicitan las consultas y las observaciones se formulan; las formulaciones implica una actitud de cuestionamiento”¹¹⁹.

Pero, tanto las consultas y las observaciones, al momento de ser efectuadas por el participante, deberá de realizarlas “debidamente motivadas, concretas y claras y

¹¹⁶ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro; y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. Ob. Cit., 478.

¹¹⁷ DANÖS ORDÓÑEZ, Jorge. Ob. Cit., 369.

¹¹⁸ INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS. Ob. Cit.

¹¹⁹ ÁLVARES ILLANES, Juan Francisco; y ÁLVARES LLOSA, Renato Antonio. Ob. Cit., 544.

sin ambigüedad que permita al comité de selección o al órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, absolverlas a su vez con claridad”¹²⁰.

d. Absolución de consultas, observaciones e integración de bases

Una vez que el participante, habría solicitado consultas u observaciones, el comité de selección o el órgano encargado de la contratación, deberá dar respuesta y así como se exige una motivación a las consultas y observaciones, de la misma manera deberá realizarse las absoluciones.

Por tal motivo, se entenderá como absolución de consultas y observaciones “al acto a través del cual el comité de selección responde a los cuestionamientos de los participantes aclarando o justificando sus afirmaciones. La absolución, se realiza de manera motivada mediante pliego absolutorio de consultas y observaciones”¹²¹.

La forma para que el comité de selección absuelva las consultas y obligaciones, “deberá ser de forma simultánea, para luego ser notificadas a través del SEACE. Al absolver las consultas y observaciones, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, debe evitar incluir disposiciones que excedan o no guarden congruencia con las aclaraciones planteadas y/o transgresiones alegadas por el participante, salvo que sea para promover la competencia en el procedimiento convocado, lo que deberá ser debidamente sustentado”¹²².

En esta etapa de la licitación, se ha establecido que si el comité de selección, “como consecuencia de consultas y observaciones recibidas, advierta un vicio de nulidad en el procedimiento de selección, debe ponerlo en conocimiento del titular de la entidad para que proceda conforme el artículo 44° de la ley”¹²³.

Una vez absueltas todas las consultas u observaciones o en forma conjunta y con el pronunciamiento del OSCE cuando corresponda, o si las mismas no se han presentado, el comité de selección debe integrar las bases como reglas definitivas del procedimiento de selección.

¹²⁰ *Ibídem*.

¹²¹ CAPCHA REYMUNDO, Olivia Blanca. Ob. Cit., 399.

¹²² SERRA ROJAS, Andrés. Ob. Cit., 281.

¹²³ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro; y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. Ob. Cit. 481.

La naturaleza de las integraciones de las bases, señala que “constituye el documento del procedimiento de licitación pública, concurso público, y adjudicación simplificada que contiene las reglas definitivas del procedimiento de selección cuyo texto incorpora las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones, la implementación del pronunciamiento emitido por el OSCE, así como las modificaciones requeridas por el OSCE en el marco de sus acciones de supervisión, según sea el caso”¹²⁴.

Así también se ha señalado, que los aspectos obligatorios que deberán integrar las bases son los siguientes: “Las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas y observaciones; la implementación del pronunciamiento emitido por el OSCE; así como las modificaciones requeridas por el OSCE en el marco de sus acciones de supervisión”¹²⁵.

Con la integridad de las bases, podríamos decir que la entidad pública, tiene como finalidad establecer en forma clara e integra de acuerdo a los principios que rigen la administración pública, las reglas del procedimiento de selección.

Asimismo, creemos oportuno el momento para poder señalar que se entiende al término bases, a aquel “documento fundamental de las contrataciones del Estado, elaborado por el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, originado en las bases estándar aprobado por el OSCE a través de las directivas correspondientes, cuya finalidad es establecer las reglas de juego e instrucciones del procedimiento de selección, formuladas por la entidad contratante, donde se especifica el objeto de la contratación o los requerimientos mínimos exigidos, etc.”¹²⁶.

Se podría decir que esta etapa, se definirá las reglas de juego de una manera clara y transparente, pues así el comité de selección en el caso de la licitación pública, estaría contribuyendo con la libre competencia entre los participantes.

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro; y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. Ob. Cit., 400.

¹²⁶ INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS. Ob. Cit.

e. Presentación de ofertas

Una vez que el participante ya ha tomado conocimiento de las bases, para el procedimiento de selección, iniciará con la presentación de sus ofertas y según lo regulado en el reglamento de la nueva ley de contrataciones, se ha prescrito que deberá ser un acto público en presencia de un notario o juez de paz en el lugar indicado en las bases.

Así pues la presentación de ofertas, es aquel “acto a través del cual los participantes presentan sus ofertas en las mejores condiciones posibles, para poder someterse a un proceso de evaluación y calificación, de esa manera poder contratar bienes, servicios, consultorías u obras, si salen favorecidos con la buena pro”¹²⁷.

Podemos entender también como presentación de ofertas, al “acto a través del cual los participantes presentan sus ofertas con la finalidad de intervenir en un procedimiento de selección proponiendo ofertas atractivas en precio, calidad y oportunidad para vender o contratar con una entidad pública, a cambio de un precio, informado previamente de los requisitos y características señalados en las bases del procedimiento de selección y requeridos por la entidad o el área usuaria”¹²⁸.

Un dato adicional, es que la norma no ha establecido quién o qué persona específicamente deberá presentar la oferta, entonces podemos entender que al no existir formalidad en ese aspecto, lo podrá realizar cualquier persona distinta al participante, pues la nueva Ley solo señala que la oferta se presenta en un solo sobre, el cual debe contener tanto la propuesta técnica como la económica.

También mencionábamos, que la presentación de las ofertas deberán ser actos públicos, “no por la concurrencia libre de la ciudadanía sino por la presencia de funcionarios públicos (comité de selección), de un profesional del derecho con función notarial o juez de paz y los participantes o postores. Por otro lado, la

¹²⁷ CAPCHA REYMUNDO, Olivia Blanca. Ob. Cit., 407.

¹²⁸ OSCE. *Manual de usuario para proveedores. Módulo de selección* [ubicado el 10.X del 2017]. Obtenido en <http://www2.seace.gob.pe/Documentos/189912301621484rad4AE25.pdf>.

presentación de propuestas se registra en el SEACE de modo que siempre se difundirá a través de este medio”¹²⁹.

En consecuencia, la presentación de ofertas se lleva a cabo inexcusablemente en la fecha fijada en la convocatoria (calendario del procedimiento de selección) donde se deberá consignar la fecha única, lugar y hora exacta.

f. Evaluación de ofertas

La evaluación es una etapa necesaria e importante dentro del procedimiento de selección, que consiste en seleccionar la mejor oferta en calidad, precio y oportunidad de las ofertas realizadas por los postores, con la finalidad de seleccionar al participante que cumpla con los requerimientos establecidos.

El concepto que se puede extraer del Reglamento de la ley de Contrataciones, sobre evaluación de ofertas, considera que se trata de “un procedimiento desarrollado por el comité de selección y el órgano encargado de las contrataciones cuando corresponda, que consiste en valorar el nivel de las cualidades técnicas y económicas y seleccionar la mejor oferta en calidad, precio y oportunidad, además de satisfacer las necesidades y requerimientos técnicos mínimos de área usuaria”¹³⁰.

En ese sentido, podemos entender que el objeto de la evaluación de las ofertas, está direccionada a evaluar las condiciones técnicas y económicas de las ofertas, así como calificar el nivel de competencias de los postores y de ellos seleccionar al que reúna las mejores condiciones.

Por otra parte, si bien el comité de selección es el encargado de evaluar las ofertas y de ellas elegir cuál de todas es la que mejor oferta de calidad, precio y oportunidad brinda; cabría preguntarnos, qué factores específicos debe cumplir esos requisitos, para que el postor sea elegido; pues al tratarse de un tema económico estatal, se deberá tomar todas las precauciones necesarias para el otorgamiento de la buena pro al postor seleccionado.

¹²⁹ DANÖS ORDÓÑEZ, Jorge. Ob. Cit., 491.

¹³⁰ ÁLVARES ILLANES, Juan Francisco; y ÁLVARES LLOSA, Renato Antonio. Ob. Cit., 692.

Doctrinariamente, se menciona que los factores de evaluación en contrataciones del Estado, “son elementos o criterios de medición establecidos por las bases de los procedimientos de selección convocados, los mismos que están relacionados con los aspectos técnicos y económicos para establecer precisiones valorativas y emitir un juicio sobre el precio y otras características exigidos a los postores sobre las prestaciones objeto de las contrataciones a fin de determinar la mejor oferta”¹³¹.

El artículo 74° del Reglamento de la nueva ley, es sus numerales 74.1 al 74.2, prescriben que la Entidad evalúa ofertas conforme a los factores de evaluación previstos en las bases, a fin de determinar la mejor oferta. En el caso de evaluación de bienes, servicios en general y obras, menciona que el precio debe ser un factor de evaluación.

Siendo entonces el caso que nos ocupa, el de obras públicas, los factores de evaluación se encuentran regulados en el artículo 74°, numeral 74.1 del Reglamento de la nueva ley, en donde se ha regulado que la evaluación de ofertas consiste en la aplicación de los factores de evaluación a las ofertas que cumplen con lo señalado en el numeral 73.2 del artículo 73, con el objeto de determinar la oferta con el mejor puntaje y el orden de prelación de las ofertas. Asimismo, es importante señalar, que el artículo 73.3, prescribe que adicionalmente, en el caso de obras, el comité de selección declara no admitidas las ofertas que no se encuentren dentro de los límites del valor referencial.

En tal sentido, “para determinar la oferta con el mejor puntaje y el orden de prelación de las ofertas; en el caso que el único factor sea el precio, se calificará en base a cien (100) puntos y en el caso se consideren otros factores tales como la sostenibilidad ambiental, el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo y sistema de gestión ambiental, además del precio, se indicará el puntaje de acuerdo a las bases”¹³².

Finalmente, es importante señalar que en el caso específico de la evaluación en esta etapa el Estado también deberá cumplir con ciertos requisitos, tales como la

¹³¹ MINISTERIO PÚBLICO – GERENCIA GENERAL. *Procedimientos de selección* [ubicado el 10.X del 2017]. Obtenido en https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4599_metodos_de_contratacion.pdf.

¹³² ÁLVARES ILLANES, Juan Francisco; y ÁLVARES LLOSA, Renato Antonio. Ob. Cit., 736.

certificación de crédito presupuestario, entendido como la “dotación de recursos consignada en los Presupuestos del Sector Público, con el objeto de que las entidades públicas puedan ejecutar gasto público. Es de carácter limitativo y constituye la autorización máxima de gasto que toda entidad pública puede ejecutar, conforme a las asignaciones individualizadas de gasto, que figuran en los presupuestos, para el cumplimiento de sus objetivos aprobados”¹³³.

g. Calificación de ofertas

La calificación de ofertas por su parte, “se realiza en un contexto que promueve el cumplimiento de ciertos requisitos obligatorios después de haber efectuado la evaluación y antes de otorgar la buena pro a los postores que obtuvieron el primer y segundo lugar”¹³⁴,

Es en esta etapa, que “el comité de selección debe verificar que los postores cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar las prestaciones que son objeto del contrato, de acuerdo a la totalidad de las características y/o requisitos, así como de las condiciones que hubieran establecido en las bases”.

En el artículo 75° del Reglamento de la nueva ley de contrataciones, prescribe: “Calificación.- Luego de culminada la evaluación, el comité de selección califica a los postores que obtuvieron el primer y segundo lugar, según el orden de prelación, verificando que cumplan con los requisitos de calificación especificados en las bases. La oferta del postor que no cumpla con los requisitos de calificación es descalificada. Si ninguno de los dos postores no cumple con los requisitos de calificación, el comité de selección verifica los requisitos de calificación de los postores admitidos, según el orden de prelación obtenidos en la evaluación, hasta identificar dos postores que cumplan con los requisitos de calificación; salvo que de la revisión de las ofertas, solo se pueda identificar una que cumpla tales requisitos. Tratándose de obras, se aplica lo dispuesto en el numeral 75.2, debiendo el comité

¹³³ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Crédito presupuestario* [ubicado el 10.X del 2018]. Obtenido en <https://www.mef.gob.pe/es/presupuesto-publico-sp-18162/29-conceptos-basicos/77-credito-presupuestario>.

¹³⁴ OSCE. *¿Cómo se determina el mejor puntaje en los procedimientos de selección para la ejecución de obras? Guía práctica N° 02* [ubicado el 10.X del 2017]. Obtenido en http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/GUIAS_PRACTICAS/Guia%20Practica%202_Determinacion%20del%20mejor%20puntaje%20en%20obras%20%20VF.pdf

de selección identificar cuatro postores que cumplan con los requisitos de calificación”.

En términos generales, la calificación es el grado de una escala establecida, expresado mediante una denominación o una puntuación, que se asigna a una persona, un objeto, un hecho, para valorar el nivel de capacidad, suficiencia o insuficiencia de sus cualidades mostradas en un procedimiento de evaluación, un ejercicio o una prueba.

En cambio en contrataciones del Estado no tiene el mismo significado señalado líneas arriba, si no por el contrario, “es una etapa final del proceso de evaluación que consiste en determinar, confirmar o verificar el cumplimiento de selección, que tienen que cumplir los postores que ocuparon el primer y segundo lugar en la etapa de evaluación y asignar a las ofertas un grado de confianza de la seriedad de la oferta y el cumplimiento de los requisitos tales como capacidad legal, capacidad técnica profesional, experiencia del postor, etc. Con la finalidad de reafirmar nivel de prelación en la evaluación económica y otorgar la buena pro al postor que cumpla mejor los requerimientos establecidos”¹³⁵.

Del párrafo anterior, se desprenden los requisitos de calificación que el comité de selección deberá tomar en cuenta, conforme a los requisitos que se indiquen en los documentos del procedimiento de selección, a fin de determinar que los postores cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar el contrato.

El primer requisito de calificación, es la capacidad legal del postor, la cual está referida a aquella “documentación que acredite la representación y habilitación para llevar a cabo la actividad económica materia de contratación. La capacidad legal es una requisito de precalificación en aquellas licitaciones públicas que se convoquen con esta modalidad”¹³⁶.

El segundo requisito se trata de la capacidad técnica y profesional, misma que consiste en “acreditar el equipamiento estratégico, infraestructura, así como la experiencia del personal clave requerido. Las calificaciones del personal pueden

¹³⁵ ÁLVARES ILLANES, Juan Francisco; y ÁLVARES LLOSA, Renato Antonio. Ob. Cit., 809.

¹³⁶ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro; y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. Ob. Cit., 506.

ser requeridas para servicios en general, obras, consultoría en general y consultoría de obras”¹³⁷.

Finalmente, el último requisito de calificación se trata de la experiencia del postor, el cual ha sido incorporado en esta etapa de calificación de postores con la finalidad que éste, demuestre la experiencia necesaria y destreza adquirida durante su periodo de existencia como empresa, “en el caso de obras deberá demostrar la experiencia en la ejecución de obras en general así como la experiencia en obras similares durante el periodo que viene funcionando como empresa. En tal sentido, resulta razonable que debe presentarse la facturación requerida así como los certificados o constancias con los cuales se acredita la experiencia en obras”¹³⁸.

De este último requisito, se desprende una idea muy importante, pues nos da a conocer en cuanto a la experiencia del postor se busca fundamentalmente, la experiencia en obras en general y experiencia en obras similares. Nos parece un requisito muy necesario e importante; sin embargo, si es tan necesario la experiencia del postor en esos aspectos, por qué no hay muchas veces un buen resultado en la ejecución de las obras.

h. Otorgamiento de la buena pro

Finalmente, el otorgamiento de la buena pro, es una de las etapas del desarrollo de los procedimientos de selección, que se considera como “un acto administrativo a través del cual se determina al postor que obtenga la mejor puntuación después de haber pasado por un proceso de admisión y evaluación, constituyéndose a su favor un derecho real y legítimo para contratar con el Estado, por lo tanto la entidad y el postor ganador están obligados a firmar el contrato después de su consentimiento”¹³⁹.

En tal sentido podemos manifestar, que esta etapa tiene como finalidad la selección de una persona natural o jurídica para contratar con el Estado y corresponderá al comité de selección otorgar la buena pro a la oferta que obtenga el mejor puntaje.

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ MINISTERIO PÚBLICO – GERENCIA GENERAL. Ob. Cit.

Esta etapa, se encuentra regulada en el artículo 76° del Reglamento de la nueva ley de contrataciones, donde regula: “Definida la oferta ganadora, el comité de selección debe otorgar la buena pro, mediante la publicación en el SEACE”.

Un dato adicional respecto a esta etapa, es que a diferencia de la presentación de ofertas; “el otorgamiento de la buena pro, se realiza en acto privado, se publica y se entiende notificado a través del SEACE, el mismo día de su realización, debiendo incluir el acta de otorgamiento de la buena pro y el cuadro comparativo, detallando los resultados de la evaluación y calificación”¹⁴⁰.

Finalmente es importante mencionar, que el ganador de la buena pro, a pesar de tener la oferta con mejor puntuación, tiene la obligación de cumplir con presentación de determinados requisitos adicionales, regulados en el artículo 175° del Reglamento de la nueva ley de contrataciones; el cumplimiento de esos requisitos, “tiene por finalidad garantizar la veracidad de sus aseveraciones, acreditación de sus declaraciones y conocimiento de los requisitos y responsabilidades exigidos en un procedimiento de selección”¹⁴¹.

2.3 Ejecución contractual de las obras públicas

Una vez cumplidas todas las etapas del procedimiento de selección, tanto en las licitaciones públicas o licitación con precalificación, las partes deberán cumplir con las formalidades correspondientes para que se obliguen mutuamente, a través del contrato administrativo.

El concepto de ejecución contractual, señala que se trata de “un conjunto de actividades y actos administrativos relacionados con el consentimiento de parte de la entidad y del postor ganador de la buena pro, para efectuar o realizar el objeto de la contratación que va desde la contratación del postor seleccionado, la suscripción del contrato, los adelantos y las garantías ofrecidas, las modificaciones al contrato, el cumplimiento del contrato, nulidad, incumplimiento del contrato, resolución del contrato, sus efectos, las penalidades y la culminación de la etapa contractual”¹⁴². Sin embargo, hay que recalcar que, no todas las actividades o actos

¹⁴⁰ OSCE. *Procedimiento para el perfeccionamiento del contrato* [ubicado el 10.X del 2017]. Obtenido en http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m4a.pdf.

¹⁴¹ CAPCHA REYMUNDO, Olivia Blanca. Ob. Cit., 623.

¹⁴² HUAPAY TAPIA, Ramón. Ob. Cit., 573.

administrativos se van a llevar a cabo, ya que solo se realizarán de acuerdo a las circunstancias que se van presentando durante la ejecución.

Una vez que la buena pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la entidad como el postor ganador, están obligados a contratar. Como lo mencionamos en el primer capítulo, el contrato administrativo deberá ser celebrado por escrito, por su carácter netamente formal.

En los contratos de obra, también “deben identificarse y asignarse los riesgos previsibles de ocurrir durante su ejecución, según el análisis realizado en la planificación, dicho análisis forma parte del expediente técnico y se realizará conforme a las directivas que se emitan para tal efecto, según los criterios establecidos en el reglamento”¹⁴³.

Otro punto importante y quizá uno de los más resaltantes, es el contenido del contrato, el cual si bien está conformado por todos los documentos que son requeridos para la licitación pública, “el contrato deberá incluir, bajo responsabilidad cláusulas referidas a: I) garantías, II) anticorrupción, III) solución de controversia y IV) resolución por incumplimiento”¹⁴⁴-, además de los riesgos que pueden ocurrir durante la ejecución de la obra.

Somos de la idea, que tanto las cláusulas y los riesgos mencionados en los párrafos anteriores, son tal vez los factores determinantes para que el resultado de la ejecución de la obra sea exitosa, duradera y sobre todo útil por un largo periodo de tiempo.

En tal sentido, creemos que es muy importante desarrollar cada una de las cláusulas y la primera de ellas, se trata de las garantías, es por ello que el postor ganador deberá ofrecer las siguientes garantías:

Garantías por adelantos otorgados, regulado en el artículo 33° de la nueva Ley de Contrataciones; sobre estas garantías, se menciona que “deben otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas, según corresponda son las de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos. Las garantías que acepten las

¹⁴³ OSCE. *Manual de usuario para proveedores*. Ob. Cit.

¹⁴⁴ OSCE. *Procedimiento para el perfeccionamiento del contrato*. Ob. Cit.

Entidades deber ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. Dichas empresas deben encontrarse bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y deben autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú”¹⁴⁵.

Respecto a estos tipos de garantía, los documentos del procedimiento de selección establecen el tipo de garantía que debe otorgar el postor o contratista, pudiendo ser fianza o póliza de caución.

Otra de las garantías, que se toman en cuenta para la ejecución de obras, es la garantía de fiel cumplimiento, en el numeral 149.1 del Reglamento de la nueva ley de contrataciones, prescribe: “Como requisito indispensable para perfeccionar el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original. Esta debe mantenerse vigente hasta conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes, servicios en general y consultoría en general, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras”.

La segunda cláusula, que se deberá incluir en el contenido del contrato de licitación pública, son las cláusulas anticorrupción las cuales son obligatorias y todos los contratos con el Estado deberán llevar una cláusula anticorrupción. Este mecanismo, permitiría poner fin al contrato si se descubriera que para lograrlo se usaron sobornos. La idea es buena, bien usada podría generar desincentivos a las prácticas corruptas. Dichas cláusulas deben tener el siguiente contenido mínimo:

“ a) La declaración y garantía del contratista de no haber, directa o indirectamente, o tratándose de una persona jurídica a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios,

¹⁴⁵ ÁLVARES ILLANES, Juan Francisco; y ÁLVARES LLOSA, Renato Antonio. Ob. Cit., 869.

asesores o personas vinculadas, ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato.

b) La obligación del contratista de conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales o de corrupción, directa o indirectamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores.

c) El compromiso del contratista de: (I) comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento; y (II) adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos de práctica”¹⁴⁶.

Dichas cláusulas anticorrupción, se convierten en obligaciones que ante su incumplimiento, “...durante la ejecución contractual, da el derecho a la Entidad correspondiente a resolver automáticamente y de pleno derecho el contrato, bastando para tal efecto que la Entidad remita una comunicación informando que se ha producido dicha resolución, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiere lugar”¹⁴⁷.

La tercera cláusula que deberá incluirse, es la de solución de controversias y es bien sabido que en los casos de licitación pública, se realiza a través de la conciliación o arbitraje según el acuerdo de las partes.

En este punto de la investigación, debemos incluir algunos comentarios que pueden ampliar el panorama de controversias. “Las controversias durante el proceso de contrataciones, son discrepancia de opinión, conflictos de interés, reclamos y otros, existentes entre las entidades y los postores, que intervienen en las contrataciones del Estado, que pueden surgir desde la convocatoria hasta la

¹⁴⁶ DIARIOS OFICIAL EL PERUANO. *Contratos de obras incluirán cláusulas anticorrupción* 2017 [ubicado el 13.X del 2017]. Obtenido en <https://elperuano.pe/noticia-contratos-obras-incliran-clausulas-anticorrupcion-54529.aspx>.

¹⁴⁷ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro; y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. *Comentarios al Reglamento y Ley de Contrataciones del Estado*, Tomo II, Lima, Instituto Pacífico, 2017, 1127.

culminación del contrato, y pueden ser resueltas en primera instancia, por la entidad, o en la última instancia por un tribunal de contrataciones”¹⁴⁸.

Respecto a la resolución de controversias, durante la ejecución de obras públicas “se pueden dar por el contrato, o por ejecución del contrato, interpretación del contrato, etc. hasta la culminación contractual. Se resuelven mediante conciliación, junta de resolución de disputa (obras) o arbitraje, según el acuerdo de las partes”¹⁴⁹.

La cuarta cláusula, se encuentra referida a la resolución por incumplimiento del contrato; al respecto, la norma prescribe que “cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes”¹⁵⁰.

Finalmente, respecto de los contratos de licitación pública, mencionábamos que además de las cláusulas ya desarrolladas, se deberá incluir la identificación de riesgos en la elaboración del expediente de contratación, el cual se trata de “un procedimiento que se desarrolla al expediente de contratación y se desarrolla a través de acciones, actividades y mecanismos operativos que señalen posibles riesgos de errores, distorsiones, desviaciones, incumplimientos contractuales, vicios ocultos, aplicaciones indebidas o incumplimiento de las normas, regulaciones y otros que puedan impactar en el cumplimiento de la ejecución de obras, impedir el avance físico o que puedan afectar la recepción de obras”¹⁵¹.

Es tal vez uno de los requisitos que mayor cuidado se deberá tener, ya que como se ha podido observar los riesgos nos solo se afecta al plazo, sino que también se afecta al costo y calidad de la obra a ejecutar. A continuación se listan algunos riesgos que pueden ser identificados al elaborar el expediente técnico, los mismos que se encuentran señalados en la Directiva 012.2017-OSCE/CD:

¹⁴⁸ CAPCHA REYMUNDO, Olivia Blanca. Ob. Cit., 877.

¹⁴⁹ ÁLVARES ILLANES, Juan Francisco; y ÁLVARES LLOSA, Renato Antonio. Ob. Cit., 854.

¹⁵⁰ OSCE. *Procedimiento para el perfeccionamiento del contrato*. Ob. Cit.

¹⁵¹ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Ob. Cit., 538.

“A) Riesgo de errores o deficiencias en el diseño que repercutan en el costo o la calidad de la infraestructura, nivel de servicio y/o puedan provocar retrasos en la ejecución de la obra.

B) Riesgo de construcción que generan sobrecostos y/o sobreplazos durante el periodo de construcción.

C) Riesgo de expropiación de terrenos de que el encarecimiento o la no disponibilidad del predio donde construir la infraestructura provoquen retrasos en el comienzo de las obras y sobrecostos en la ejecución.

D) Riesgo geológico/geotécnico que se identifica con diferencias en las condiciones del medio o del proceso geológico sobre lo previsto en los estudios de la fase de formulación y/o estructuración.

E) Riesgo de interferencias/servicios afectados que se traduce en la posibilidad de sobrecostos y/o sobreplazos de construcción por una deficiente identificación y cuantificación.

F) Riesgo ambiental relacionado con el riesgo de incumplimiento de la normativa ambiental.

G) Riesgos arqueológicos que se traduce en hallazgos de restos arqueológicos significativos.

H) Riesgo de obtención de permisos y licencias derivado de la no obtención de alguno de los permisos y licencias que deben ser expedidas por las instituciones u organismos públicos distintos a la Entidad contratante.

I) Riesgos derivados de eventos de fuerza mayor o caso fortuito, cuyas causas no resultarían imputables a ninguna de las partes.

J) Riesgos regulatorios o normativos de implementar las modificaciones normativas pertinentes que sean de aplicación pudiendo estas modificaciones generar un impacto en costo o en plazo de la obra.

K) Riesgos vinculados a accidentes de construcción y daños a terceros.

Esta lista no es taxativa, sino enunciativa, pudiendo la Entidad incorporar otros riesgos, según la naturaleza o complejidad de la obra”¹⁵².

Una vez cumplidos dichos requisitos, el Reglamento de la nueva ley de contrataciones, también ha prescrito, que se deberán incluir requisitos adicionales para la suscripción del contrato de obra, los cuales se encuentran regulados en el artículo 175° el cual prescribe:

“Para la suscripción de ejecución de obra, adicionales a lo previsto en el artículo 139 el postor ganador debe cumplir los siguientes requisitos: 1. Presentar la constancia de Capacidad Libre de Contratación expedida por el RNP, salvo en los contratos derivados de procedimientos de contrataciones directas por la causal de carácter secreto, secreto militar o por razones de orden interno. 2.- Entrega el Programa de Ejecución de Obra (CPM), el cual debe presentar la ruta crítica y el calendario de avance de obra valorizado. 3. Entrega del calendario de adquisición de materiales o insumos necesarios para la ejecución de obra, en concordancia con el calendario de avance de obra valorizado. Este calendario se actualizara con cada ampliación de plazo otorgada, en concordancia con el calendario de avance de obra valorizado vigente. 4. Entregar el calendario de utilización de equipo, en caso la naturaleza de la contratación lo requiera. 5. Entregar los análisis de costos unitarios de las partidas y detalles de gastos generales que da origen a la oferta, en caso de obras sujetas al sistema de precios unitarios”.

Cuando el artículo mencionado, describe la constancia de Capacidad de Libre Contratación, se está refiriendo a “la aptitud de un contratista para cumplir oportuna y cabalmente con el objeto de la contratación, sin que sus otros compromisos contractuales afecten su capacidad y habilidad de responder con el contrato objeto de la Contratación”¹⁵³.

El segundo requisito adicional, referido al calendario de avance de obra valorizado es “el documento en el que consta la programación valorizada de la ejecución de la obra, por periodos determinados en las bases o en el contrato. Este calendario

¹⁵² OSCE. *Gestión de riesgos en la planificación de la ejecución de obras* [ubicado el 13.X del 2017]. Obtenido en http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/DIRECTIVAS_2017L1341/Modificacion_Directiva_012-2017-OSCE-CD_Gestion_de_Riesgos_Obras.pdf

¹⁵³ HUAPAY TAPIA, Ramón. Ob. Cit., 678.

donde consta objetivamente la programación valorizada de la “ejecución de la obra” tiene como finalidad prever que en determinados periodos se ejecutará determinadas partida o partidas y subpartidas concordantes con el expediente técnico de modo que el avance de la obra tenga compatibilidad con el plazo de ejecución y con la programación presupuestal relacionados con las valoraciones que van a sustentar el devengado respectivo”¹⁵⁴.

En resumen, el calendario de obra valorizado es “el documento a través del cual se programa la ejecución de la obra durante periodos y avances físicos de obra, su elaboración se realiza en función al programa de ejecución de obra y tiene por finalidad controlar el avance físico de la obra, pues permite identificar avances, atrasos, paralizaciones, etc. en su ejecución, sirve además para programar el presupuesto para el pago de las valorizaciones y, de ser el caso, tomar las decisiones que sean necesarias para culminar la obra en el plazo previsto”¹⁵⁵.

Si bien, el artículo en comentario ha desarrollado tres requisitos más, en la práctica, al parecer se han convertido en documentos irrelevantes, sin posible utilidad y que solo sirven para su perfeccionamiento del contrato.

Una vez cumplidos, con todos los requisitos fundamentales, adicionales e identificación de riesgos; se perfeccionará el contrato en licitación pública, entre la Entidad responsable y el postor ganador de la buena pro. A partir de ese momento, se dará inicio al plazo de ejecución de obra.

Según el Reglamento de la nueva ley de contrataciones, “el plazo de ejecución contractual está ligado al transcurso de un tiempo determinado que se computa por días calendarios desde el día siguiente de cumplirse las condiciones legales enumeradas en las normas”¹⁵⁶.

Durante la ejecución de la obra, según el reglamento de contrataciones, hay dos profesionales que deberá hacerse cargo de la misma, los cuales representarán a la Entidad y el otro a la empresa ganadora de la buena pro. Dichas personas, se

¹⁵⁴ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro; y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. Ob. Cit., 1119.

¹⁵⁵ DANÖS ORDÓÑEZ, Jorge. Ob. Cit., 568.

¹⁵⁶ ÁLVARES ILLANES, Juan Francisco; y ÁLVARES LLOSA, Renato Antonio. Ob. Cit., 917.

tratan del Residente de obra, para el caso de representación del contratista y Supervisor o inspector de obras, para representar a la Entidad contratante.

El residente de obra, durante la ejecución de la obra, “debe contarse de modo permanente y directo, designado por el contratista en conformidad con la Entidad. Según la norma, el residente deberá permanecer en la obra continuamente, hasta la culminación de la misma, con sujeción al expediente técnico correspondiente; asimismo, el residente debe ser profesional colegiado, habilitado y especializado designado por el contratista, que puede ser ingeniero o arquitecto, con no menos de dos años de experiencia en la especialidad, en función de la naturaleza, envergadura y complejidad de la obra”¹⁵⁷.

Respecto al inspector o supervisor de obras, durante la ejecución de la obra, puede ser una persona natural o jurídica; pero, en el caso de persona jurídica, esta deberá designar a una persona natural. De esta manera, se encontraran en igualdad de condiciones para la supervisión de la ejecución de la obra, tanto la Entidad y el contratista.

Un dato muy importante, es que la participación de un inspector o supervisor de obras son excluyentes, ya que ambos no pueden desempeñarse en una misma obra. “El inspector es un profesional, funcionario o servidor de la Entidad. El Supervisor, por otro lado, es una persona natural o jurídica contratada especialmente para ese fin; ambos son responsables de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra, de esta manera garantizan el cumplimiento del contrato y deben absolver las preguntas que le formule el contratista”¹⁵⁸.

Sumado a la asignación de roles, a un profesional como inspector o supervisor de la obra, la norma también se ha encargado de regular un instrumento muy importante; se trata del cuaderno de obra, en donde se anotan todos los hechos relevantes durante la ejecución de la obra.

¹⁵⁷ OSCE. *Derechos y deberes del contratista durante la ejecución contractual para la ejecución de obras y consultorías de obras* [ubicado el 17.X del 2017]. Obtenido en http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/pa2_m4_prov%281%29.pdf.

¹⁵⁸ INCISPP. *La ejecución de Obras Públicas en la Ley 30225* [ubicado el 17.X del 2017]. Obtenido en <http://incispp.edu.pe/blog/la-ejecucion-de-obras-publicas-en-la-ley-30225/>.

El cuaderno de obra, “es un instrumento indispensable para la anotación de los hechos relevantes durante la ejecución de la obra. Es de alta importancia la anotación en el cuaderno de obra para el contratista, pues sin el asiento correspondiente las solicitudes que el contratista o su representante dirijan a la entidad no tendrán el efecto técnico jurídico que persigue, es decir, cualquier solicitud del contratista debe ser consecuencia de la anotación del hecho relevante, caso contrario la comunicación escrita carece de base técnica y jurídica para su atención”¹⁵⁹.

Según el reglamento de la nueva ley de contrataciones del Estado, la apertura del cuaderno de obra, se realiza al momento de entrega del terreno, el mismo que debe encontrarse legalizado y firmado en todas sus páginas por el inspector o supervisor, según corresponda y por el residente, a fin de evitar su adulteración; dichos profesionales, al parecer son los únicos autorizados para hacer anotaciones en el cuaderno de obra.

Sin embargo, qué podemos entender por hechos relevantes, que deberán ser considerados en el cuaderno de obra; se refiere pues, a “las situaciones, actos, hechos, decisiones, acuerdos o eventos ocurridos durante la ejecución de la obra que afecta su ejecución, extendiéndose sus efectos al calendario de avance de obra valorizado. Lo recomendable es que la anotación siempre este referida a la partida o partidas que generen el evento con indicación del periodo programado para su ejecución en el calendario de avance de obra valorizada. La experiencia en las soluciones de controversias nos sugiere esta recomendación cuando el cuaderno de obra resulta instrumento probatorio”¹⁶⁰.

Dicho cuaderno de obra, se cerrará cuando la obra haya sido recibida definitivamente por la Entidad, según lo regulado en el propio reglamento. De esta manera se estaría dando lugar a la recepción la obra y una posterior liquidación, si se encontrará conforme con todo lo establecido en el contrato.

Respecto a la naturaleza de la recepción de la obra, en doctrina se dice que se trataría de “un acto de control que se produce con posterioridad a la culminación de

¹⁵⁹ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro; y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. Ob. Cit., 1215.

¹⁶⁰ OSCE. *Derechos y deberes del contratista durante la ejecución contractual para la ejecución de obras y consultorías de obras*. Ob. Cit.

la obra, cuya actividad implica la verificación del fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas, dentro de cuyo contexto, de ser necesario, se efectúan las pruebas necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos. Como podrá advertirse la recepción de la obra no podría darse si antes no ha culminado la obra”¹⁶¹.

De dicho párrafo se desprende, que no se deberá confundir la recepción de obra, con la culminación de la obra, por ser un acto posterior a la culminación de la obra. Asimismo, culminación de obra es una “actuación distinta a la “culminación del contrato”, por lo tanto, la ejecución total de la obra culmina con la ejecución total de las partidas programadas mensualmente y valorizadas durante la ejecución de la obra. Con la recepción de la obra no se cierra el expediente de contrataciones, ello ocurre con la liquidación a la que apareja el pago de los saldos que pudiera corresponder”¹⁶².

De acuerdo con el Reglamento de la nueva ley de contrataciones, sobre la recepción de obra, ha prescrito que en la fecha de la culminación de la obra, el residente anota en el cuaderno de obra y solicita la recepción de la obra. “advírtase que la solicitud de la recepción solo se produce en la fecha de la culminación de obra; no antes, ni fuera de dicho evento. La culminación implica que la obra termina de ejecutarse con la última partida o partidas que forman parte del programa de ejecución de obra CPM dentro del can se conectan secuencialmente las diferentes partes o actividades constructivas que conforman el presupuesto de una obra”¹⁶³.

En consecuencia, la culminación de la obra y la recepción de la obra constituyen hechos relevantes, por tanto, resulta regular la anotación de dichos eventos por cuanto son acontecimientos que se desarrollan dentro de la ejecución de la obra.

Asimismo, es importante resaltar que la solicitud se presenta directamente al inspector o supervisor; es consecuencia de la anotación de la culminación de la obra. En este caso, el residente es quien solicita la recepción.

¹⁶¹ UNIVERSIDAD DE LIMA. *Procedimiento y ejecución de obras públicas* [ubicado el 18.X del 2017]. Obtenido en <http://www.ulima.edu.pe/ciec/cec-catalogo/procedimiento-y-ejecucion-de-obras-publicas>.

¹⁶² *Ibíd.*

¹⁶³ CAPCHA REYMUNDO, Olivia Blanca. Ob. Cit., 881.

Como podemos notar, tanto el inspector o supervisor según sea el caso, tienen una responsabilidad importante, ya que deberán elaborar un informe dirigido a la entidad donde puede ratificar lo indicado por el residente en su anotación de culminación de obra o desaprobar la culminación.

En caso de que el informe, ratifique la culminación de la obra, “la entidad deberá designar un comité de recepción dentro de los siete días siguientes a la recepción de la comunicación del inspector o supervisor. El comité está integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos siendo el inspector o supervisor solo asesor técnico”¹⁶⁴.

Otro punto importante, respecto al momento de la recepción de la obra, se podría plantear ciertas observaciones a la obra y de existir, “estas se consignan en un Acta o Pliego de Observaciones y no se recibe la obra. El contratista dispone de un décimo del plazo de ejecución vigente de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computa a partir del quinto día de suscrito el Acta o Pliego. Las obras que se ejecuten en dicho periodo como consecuencia de observaciones no dan derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista, supervisor o inspector ni a la aplicación de penalidad alguna”¹⁶⁵.

La norma, no ha especificado en qué consisten dichas observaciones, pero suponemos que, deben estar referidas a los resultados de la ejecución o a las formalidades, que se requiere para la recepción y liquidación de la obra ejecutada.

Pero, una vez subsanadas la observaciones, el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra en el cuaderno de obra; “el comité de recepción, junto con el contratista se constituyen en la obra dentro de los siete días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor. La comprobación que realiza se sujeta a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones”¹⁶⁶.

¹⁶⁴ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro; y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. Ob. Cit., 1402.

¹⁶⁵ UNIVERSIDAD DE LIMA. Ob. Cit.

¹⁶⁶ *Ibíd.*

Sin embargo, si en el proceso de verificación de la subsanación de las observaciones, “si el comité de recepción constata la existencia de vicios o defectos distintos a las observaciones, sin perjuicio de suscribir el Acta de Recepción de Obra, informa a la Entidad para que esta solicite por escrito al contratista las subsanaciones del caso, siempre que constituyan vicios ocultos”¹⁶⁷.

Ello quiere decir, que no obstante de haber formulado las observaciones, “el comité constata vicios o defectos que no le fue posible advertir durante la verificación del fiel cumplimiento de la obra, conforme a lo establecido en los planos y especificaciones técnicas e inclusive luego de efectuar las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos”¹⁶⁸.

En suma, los vicios o defectos que pese al despliegue de la capacidad técnica profesional de los integrantes del comité nos le fue posible advertir los indicados vicios o defectos; si hubiera sido fácilmente advertible a simple vista no procederá tal cuestionamiento.

Así también, tampoco será procedente “la observación por vicios ocultos o defectos si la obra fue ejecutada conforme a los planos y especificaciones técnicas y se comprueba el funcionamiento de las instalaciones y equipos con todas las partidas ejecutadas conforme al expediente técnico. En este estado no puede pretenderse indirectamente cuestionar el expediente indicado”¹⁶⁹.

Tenemos, ciertas discrepancias respecto a ello, las cuales creemos adecuado desarrollar en el apartado de responsabilidad de contratista, el cual será tratado más adelante.

Finalmente, con la liquidación del contrato de obra, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo, ya las discrepancias en relación a defectos o vicios ocultos, deben ser sometidas a conciliación o arbitraje.

¹⁶⁷ OSCE. *Derechos y deberes del contratista durante la ejecución contractual para la ejecución de obras y consultorías de obras*. Ob. Cit.

¹⁶⁸ INCISPP. *La ejecución de Obras Públicas en la Ley 30225*.

¹⁶⁹ *Ibíd.*

2.4 Órganos responsables de la contratación de obra

En materia de derecho administrativo, no se puede ahondar en este tema, si no se tienen claros los conceptos de control y de responsabilidad, porque en la administración pública deben haber controles establecidos en leyes y reglamentos para lograr que los recursos públicos (económicos, financieros, materiales y humanos) sean bien utilizados, es decir, lograr una inversión y ahorro, más no un gasto o pérdida para el Estado. “De los resultados de los controles ejercidos nace la determinación de las responsabilidades para todos aquellos que administren los recursos públicos, así como para terceros que tienen relación directa o indirecta con tal administración.”¹⁷⁰.

Concluyendo entonces, cuando los controles en el manejo de los recursos públicos están bien definidos y ejecutados, se consigue una generación efectiva de resultados. Por lo que, estos controles, deben estar presentes antes, durante y después de la ejecución de un acto o de un contrato administrativo.

En específico, la nueva ley de contrataciones, que nos encontramos desarrollando, ha regulado en el Artículo 43º: Funcionarios, dependencias y órganos encargados de las contrataciones; considerando, al titular de la Entidad, el área usuaria y el Órgano Encargado de las Contrataciones; pero, como ya se señaló, no todos los procedimientos de contratación, contarán con un Órgano Encargado de las Contrataciones, ya que puede ser en su caso el comité de selección.

Incidimos en este tema, ya que los órganos a cargo de los procedimientos de selección “se encargan de la preparación, conducción y realización del procedimiento de selección hasta su culminación. Los procedimientos de selección pueden estar a cargo de un comité de selección o del órgano encargado de las contrataciones”¹⁷¹.

Así pues, los órganos de los procedimientos de selección, “son competentes para preparar los documentos del procedimiento de selección, así como para adoptar las decisiones y realizar todo acto necesario para el desarrollo del procedimiento hasta

¹⁷⁰ QUIJADA TACURI, Víctor Hugo. *La determinación de la responsabilidad en los regímenes laborales o contractuales en la administración pública* [ubicado el 12.V del 2016]. Obtenido en <http://www.acpuju.com/2011/05/articulo-la-determinacion-de-la-responsabilidad-en-los-regimenes-laborales-o-contractuales-en-la-administracion-publica/>.

¹⁷¹ SERRA ROJAS, Andrés. Ob. Cit., 510.

su culminación, sin que puedan alterar, cambiar o modificar la información del expediente de contratación”¹⁷².

Respecto a la investigación que nos encontramos realizando, el órgano competente las contrataciones de ejecución de obras o licitaciones de las mismas, es el comité de selección. Así pues, el artículo 43° inc. 43.2 del Reglamento de la nueva ley, en la primera parte del segundo párrafo, prescribe: “Para la licitación pública, el concurso público y la selección de consultores individuales, la Entidad designa un comité de selección para cada procedimiento”.

Con ello, se entenderá por Comité de Selección, al “órgano colegiado a cargo de los procedimientos de selección y se encarga de la preparación, conducción y realización del procedimiento de selección hasta el otorgamiento de la buena pro es competente para preparar los documentos del procedimientos de selección, así como para adoptar las decisiones y realizar todos los actos necesarios para el desarrollo del procedimiento”¹⁷³.

Continúa el Reglamento y de forma más específica en la conformación del comité selección, en el numeral 44.2, del Artículo 44°, prescribe: “Tratándose de los procedimientos de selección para la contratación de ejecución de obras, consultoría en general y consultoría de obras, de los tres (3) miembros que forman parte del comité de selección, por lo menos, dos (2) deben contar con conocimiento técnico en el objeto de la contratación, salvo en el artículo 217”.

Es bien sabido, que todo comité deberá contar con un presidente; sin embargo, respecto a lo regulado en el numeral 44.2 del artículo 44°, sobre la conformación del comité de selección, cuando dicha norma regula que “por lo menos dos de los miembros del comité de selección deben contar con conocimiento técnico en el objeto de la contratación; esta regulación genera incertidumbre, puede interpretarse que el tercero de los integrantes (el presidente por ejemplo) podría actuar aún sin conocimiento alguno”¹⁷⁴; a pesar, que con la nueva modificación del reglamento, donde hace referencia al artículo 217°, para incrementar a cinco los integrantes del comité de selección, para los procesos de ejecución de obra.

¹⁷² HUAPAY TAPIA, Ramón. Ob. Cit., 680.

¹⁷³ LINARES JARA, Mario. Ob. Cit., 187.

¹⁷⁴ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro; y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. Ob. Cit., 299.

Podemos adicionar, que de la misma norma se entiende, que los integrantes del comité de selección, deberán pertenecer a la Entidad que pretende llevar a cabo un procedimiento de selección y de no existir especialistas con conocimiento técnico podrán contratar expertos o gestionar apoyo.

Pero, así como la norma ha establecido los requisitos de conformación del comité especial, también ha regulado los impedimentos para integrar el mismo. El Artículo 45° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, prescribe: “Se encuentran impedidos de integrar un comité de selección: 1. El Titular de la Entidad; 2. Todos los servidores públicos que tengan atribuciones de control o fiscalización tales como regidores, consejeros regionales, directores de empresas, auditores entre otros, salvo cuando el servidor del Órgano de Control Institucional de la Entidad sea el miembro con conocimiento técnico en el objeto de la contratación; 3. Los servidores que por disposición normativa o por delegación hayan aprobado el expediente de contratación, designado el comité de selección, aprobado los documentos del procedimiento de selección o tengan facultades para resolver el recurso de apelación. Este impedimento se circunscribe al proceso de contratación a que se refieren las delegaciones antes señaladas”.

Entonces, una vez que se ha conformado y designado el comité de selección de acuerdo a lo regulado; la actuación, de los integrantes del comité selección, la normativa establece “que la actuación del comité de selección es colegiada debido a que en ningún caso podrá sesionar sin la totalidad de sus integrantes por lo tanto, actúan orgánicamente en forma corporativa; es decir, sin sujeción de jerarquía y sin facultad individual de cada uno de ellos”¹⁷⁵.

Con ello, podemos entender entonces, que el comité de selección no se estructura con integrantes subordinados unos de otros, por lo tanto, “no subyace tras su estructura, categorías por razón de origen, especialidad o presidencia, de modo que ante eventuales comunicaciones de “desviaciones de cumplimiento” asumen la misma responsabilidad”¹⁷⁶.

¹⁷⁵ QUIJADA TACURI, Víctor Hugo. Ob. Cit.

¹⁷⁶ INCISPP. *La ejecución de Obras Públicas en la Ley 30225*. Ob. Cit.

En razón de ello, la responsabilidad de los miembros del comité de selección, se entenderá que sería de una manera solidaria; resultando, que sus “integrantes son solidariamente responsables por su actuación, salvo el caso de aquellos que hayan señalado en el acta correspondiente su voto discrepante; la responsabilidad solidaria siempre implicará la actuación de una pluralidad de personas y unidad respecto al daño que causa”¹⁷⁷.

En ese sentido, entonces ¿cómo se explica la responsabilidad solidaria del comité si su actuación es colegiada (corporativa) y autónoma?

La actuación deficiente o irregular del comité de selección es la actuación propiamente dicha del comité integrado por tres miembros y que, no obstante su actuación corporativa, se integran con una pluralidad de personas; es decir, “existe una pluralidad indispensable que concurre. Por otro lado, existe una unidad (proceso de contratación) a la que afecta la actuación de una pluralidad de personas que le otorgan naturaleza a la responsabilidad solidaria; existe unidad en el daño e imputación de la actuación a una pluralidad”¹⁷⁸.

Por su parte, la nueva ley de contrataciones, dispone específicamente, en el Artículo 9° Responsabilidad: “Todas aquellas personas que intervengan en los procesos de contratación por o a nombre de la Entidad, con independencia del régimen jurídico que los vincule con esta, son responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de efectuar contrataciones de manera eficiente, maximizando los recursos públicos invertidos y bajo el enfoque de gestión por resultados, a través del cumplimiento de las disposiciones de la presente Ley y su reglamento y los principios, sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad que se otorgan.

De corresponder la determinación de responsabilidad por las contrataciones, esta se realiza de acuerdo al régimen jurídico que los vincule con la Entidad, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan”.

Así pues, con lo regulado específicamente en el Reglamento de la nueva ley de contrataciones y complementado con la misma, se desprende, que los alcances de

¹⁷⁷ ÁLVARES ILLANES, Juan Francisco; y ÁLVARES LLOSA, Renato Antonio. Ob. Cit., 89.

¹⁷⁸ CAPCHA REYMUNDO, Olivia Blanca. Ob. Cit., 652.

la designación de los integrantes del comité de selección, la normativa concretamente establece que “la entidad designa un comité de selección para cada procedimiento, en el caso de licitación pública, concurso público y la sección de consultores individuales. Ello significa que con la culminación del procedimiento cesa el encargo”¹⁷⁹.

En definitiva, con todo lo que se ha desarrollado, podemos decir que el concepto de responsabilidad en derecho administrativo es que el Estado a través de sus dignatarios, autoridades, funcionarios o servidores públicos y terceros, se haga cargo de los efectos jurídicos que emanaron de sus actos u omisiones culposas o intencionales.

2.5 Responsabilidad del contratista ante el periodo de prueba por vicios ocultos

Respecto a la responsabilidad del contratista, en los contratos administrativos, una vez que se ha generado el vínculo obligacional, en razón de la naturaleza de las prestaciones a las cuales las partes se han comprometido llevar a cabo cabalmente, estas serán responsables del resultado que ofrezcan.

Específicamente el contratista, “se encuentra obligado a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que haya aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato”¹⁸⁰.

A partir de este apartado, es que podemos decir que ante el incumplimiento de estos deberes que la ley y el contrato administrativo han designado al contratista y este se ha comprometido cumplir; “el contratista tiene la obligación de cumplir con efectuar la entrega o el suministro del bien con estricta sujeción a las especificaciones técnicas previstas en las bases, así como las condiciones allí establecidas relativas al plazo, lugar y forma de entrega, entre otros, incluyendo a su vez las mejoras adicionales sin costo que haya ofertado. De lo contrario, el

¹⁷⁹ OSCE. *Derechos y deberes del contratista durante la ejecución contractual para la ejecución de obras y consultorías de obras*. Ob. Cit.

¹⁸⁰ HUANCAUQUI RODRÍGUEZ, Edith y otros. *Derechos y deberes del contratista durante la ejecución contractual para la ejecución de bienes y servicios* [ubicado el 14.V del 2016]. Obtenido en http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m4_prov.pdf.

contratista podría verse afectado con la aplicación de penalidades y con la resolución del contrato inclusive, sin perjuicio del procedimiento sancionador que inicie la Entidad en su contra, ante el Tribunal de Contrataciones del Estado”¹⁸¹.

En ese sentido, ante el incumplimiento de sus obligaciones o ante un cumplimiento ineficiente del objeto del contrato, el contratista será responsable de sus actos; es por ello que la Administración Pública, cuenta con potestad sancionadora en las contrataciones públicas. Esta potestad “consiste en un poder de actuación que ejercitándose de acuerdo con el ordenamiento jurídico, puede generar situaciones que obligan a otros sujetos; es aquella situación de poder genérico, no determinado a priori, posibilita a su titular a imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o del estado material de las cosas existentes”¹⁸².

Sin embargo, para que se constituya “el ejercicio de poder sancionador de la administración estas infracciones o incumplimientos deben estar desarrolladas expresamente en la Ley de Contrataciones Públicas o en su reglamento, en la Constitución o tal vez en una norma específica de acuerdo al contrato administrativo y sobre todo en las cláusulas contractuales; por lo que se llevará a cabo un previo procedimiento y comprobación de la existencia de dicha infracción o incumplimiento del contrato, para que de esa manera la responsabilidad del contratista tenga carácter justificado”¹⁸³. Como se puede observar, el Estado tiene también límites para poder hacer un uso adecuado de su poder sancionador.

Respecto a esta potestad sancionadora, LINARES afirma que “La potestad sancionadora que posee la administración en el campo de la ejecución contractual es incluida o considerada correlativamente a la prerrogativa de dirección y control, siendo el medio por el cual se asegura la correcta ejecución del contrato, constituyendo justamente, esto último, la esencia de la prerrogativa. Se privilegia a ello por sobre la represión de un hecho u omisión y la búsqueda de una indemnización”¹⁸⁴.

¹⁸¹ Ibídem.

¹⁸² MALJAR, Daniel. Ob. Cit., 33.

¹⁸³ Ibídem.

¹⁸⁴ LINARES JARA, Mario. Ob. Cit., 187.

Ahora, yendo al ámbito y alcance de la responsabilidad del contratista de obras públicas, que es el contrato que nos interesa desarrollar, en nuestra legislación como ya se mencionaba, no termina con la conclusión de las obras y su recepción por la Entidad contratante; hay un plazo de garantía, pero tal y como dice la misma norma un plazo que las bases de contratación establecerán.

Así se ha regulado en el ordenamiento jurídico respecto a contrataciones administrativas: “El contratista es responsable de ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo, de acuerdo a lo establecido en el contrato. En los contratos de ejecución de obra, además, se debe cumplir lo dispuesto en los numerales 2) y 3) del artículo 1774 del Código Civil. El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos [...]. En el caso de obras, el plazo de responsabilidad no puede ser inferior a siete (7) años, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda. Los documentos del procedimiento de selección establecen el plazo máximo de responsabilidad del contratista”¹⁸⁵.

Además con esta nueva regulación de la Ley de contrataciones del Estado, “otorgada la buena pro, el contratista tiene la obligación de cumplir las exigencias técnicas establecidas en las bases, cuando se ha fijado un determinado plazo de responsabilidad para asumir cualquier defecto que se presente con posterioridad...”¹⁸⁶.

Como se habrá podido notar, otro de los aspectos mencionado en el artículo 40° de la ley de contrataciones del Estado, también menciona a los vicios ocultos.

Con respecto al tema de vicios ocultos, podemos mencionar una primera definición sería, “El vicio se traduce en un error, que puede ser intelectual cuando se presenta en el proyecto de una obra, o material cuando se expresa a través de un defecto constructivo o de la errónea utilización de un material”.

Según el autor de este sencillo concepto; “... recibida la obra, el empresario quedará libre por los vicios aparentes, pero este principio no rige cuando la

¹⁸⁵ Ley de Contrataciones del Estado N° 30225, artículo 40 Responsabilidad del contratista.

¹⁸⁶ NAVAS RONDÓN, Carlos. *La potestad sancionadora en las contrataciones públicas. Ley de Contrataciones del Estado y Reglamento*, 2ª edición, Lima, San Marcos, 2010, 88.

diferencia no pueda ser advertida al momento de la entrega o los vicios eran ocultos"¹⁸⁷.

Por otra parte, también se menciona que “por vicio o defecto debe precisamente entenderse cualquier anormalidad o imperfección y cualquier deterioro o avería que se encuentre en la cosa, que perjudiquen más o menos la aptitud para el uso o la bondad o la integridad. Para hablar apropiadamente, defecto implicaría todo lo que le falta a la cosa para existir de un modo plenamente conforme a su naturaleza, y por eso actuaría en sentido negativo; vicio, en cambio, serviría para designar cualquier alteración sin la cual la cosa sería precisamente como debe de ser normalmente, y por eso obraría en sentido positivo”¹⁸⁸.

Por lo cual, podemos decir que, los vicios ocultos, constituyen en consecuencia una institución fundamental que garantiza al adquirente, en este caso específicamente el Estado a través de la administración pública, “en los casos de transferencias de bienes, servicios u obras, que obtendrá del transferente el saneamiento correspondiente en caso dichos bienes, servicios u obras presentarán defectos o imperfecciones que no pudieron ser detectados por el adquirente en el acto de la transferencia o entrega, actuando con la diligencia debida”¹⁸⁹.

Finalmente, como se habrá podido notar, respecto a la responsabilidad del contratista en un contrato administrativo, no está específicamente desarrollado en el ordenamiento jurídico público y en opinión nuestra, lo adecuado sería que esta responsabilidad se debería regir por la ley de la materia y no por normas de Derecho común.

Al tratarse de un contrato con carácter especial, específicamente los contratos de ejecución de obra pública, como bien sabemos, la inversión que realiza el Estado posee un monto económico considerable y ante el incumplimiento del contratista, la pérdida económica que se generaría ante esta irresponsabilidad, acarrearía un perjuicio a la satisfacción de la ciudadanía; pues como bien sabemos, cuando el

¹⁸⁷ BUTLOW, Daniel Enrique. *Vivir con Vicios Ocultos* [ubicado el 24.IV del 2016]. Obtenido en <http://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/viewFile/466/438>.

¹⁸⁸ LEÓN FLORES, Jorge Alfredo. *Apuntes históricos en torno de “los vicios ocultos” en el derecho administrativo y en el derecho civil peruanos* [ubicado el 15.V del 2016]. Obtenido en http://www.gestionpublica.org.pe/plantilla/practx09/contrat_estado/2010/compest_10_13.pdf.

¹⁸⁹ HUANCAUQUI RODRÍGUEZ, Edith y otros. Ob. Cit.

Estado celebra estos contratos, su fin es la satisfacción de las necesidades sociales y al no cumplir con el objeto del contrato, el Estado no cumplirá con lo planeado en su gestión; es por eso que se debería tener un trato distinto a cualquier otro contrato general.

CAPÍTULO 3

ÁMBITO DEL PLAZO DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS

3.1 El plazo de extensión de responsabilidad regulado en la ley

El contratista se obliga en el contrato a la correcta ejecución de la prestación que constituye su objeto, de tal modo que su mal cumplimiento comporta una consecuencia derivada de su responsabilidad.

La responsabilidad del contratista, en el contrato de obras, no se agota en la entrega de la obra a la Administración, sino que una vez recibida ésta, según el artículo 40° de la nueva Ley 30225, señalábamos que ha prescrito: “... El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados se adecue a este plazo... En el caso de obras, el plazo de responsabilidad no puede ser inferior a siete (7) años, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda”.

En este contexto, no está de más recordar que “el ámbito y alcance de la responsabilidad del contratista de obras públicas, no termina en nuestra normativa sobre contratos del sector público con la finalización de las obras y su recepción por la Administración contratante; ni tampoco por el mero transcurso del plazo de garantía estipulado en el contrato”¹⁹⁰.

¹⁹⁰ CANO LARROTTA, José. *Responsabilidad del contratista de obras públicas una vez transcurrido el plazo de garantía* [ubicado el 21.XI del 2017]. Obtenido en <http://www.acalsl.com/blog/2013/09/responsabilidad-del-contratista-de-obras-publicas-una-vez-transcurrido-el-plazo-de-garantia>

Existen por el contrario mecanismos legales que permiten, en ciertos casos, hacer frente a aquellos desperfectos que se manifiestan, luego de consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, cuando culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo.

Para ello, “se encuentra legalmente previsto el recurso a la responsabilidad del contratista por vicios ocultos en la ejecución de la obra, que abarca un plazo de siete años, a efectos de poder reclamar daños y perjuicios a la empresa contratista, luego de treinta días de vencido del plazo”¹⁹¹.

En tal sentido, debemos entender que la recepción de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos.

Un dato adicional y muy importante, sobre los posibles defectos o vicios ocultos, se ha señalado que, “durante la recepción los responsables de dicha acción no hayan podido apreciar la existencia del vicio oculto, luego de actuar con la diligencia profesional y el cumplimiento de la normativa sobre recepción y conformidad”¹⁹².

La normativa regula a través del artículo 40° de la Ley y el artículo 173° de su Reglamento el saneamiento por defectos o vicios ocultos del bien, de la obra, siempre que tales condiciones afectan la calidad de la prestación que no permite a la Entidad cumplir con los objetivos institucionales sobre la base del Plan Operativo Institucional, por carecer de los requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación.

Así pues, podríamos estar seguros y afirmar que, “la Ley solo regula el saneamiento por defecto o vicios ocultos más no por hecho propio del contratista, no obstante que puede darse esta situación. El saneamiento no viene aparejado de los daños y perjuicio, ya que el artículo 173° del Reglamento solo regula la reclamación por defecto o vicios ocultos sin considerar los efectos de la imputabilidad (dolo o culpa) del contratista”¹⁹³. Pero, cuántos más deberían responder por las irregularidades durante la ejecución de la obra y por el resultado defectuoso de la misma.

¹⁹¹ CAPCHA REYMUNDO, Olivia Blanca. Ob. Cit., 307.

¹⁹² BUTLOW, Daniel Enrique. Ob. Cit.

¹⁹³ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro; y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. Ob. Cit., 1064.

Así pues, por su parte el artículo 40° de la Ley solo, cumple con realizar una simple prescripción respecto el plazo de responsabilidad, la cual no será inferior de siete años, a efectos de poder reclamar daños y perjuicios.

Por nuestra parte, suponemos que ese lapso de tiempo, está referido al periodo de prueba. Dicho periodo, según la norma deberá ser establecido, por los integrantes del Comité de Selección, los mismos que son los encargados de seleccionar al mejor postor y sumado a ello, la responsabilidad de los integrantes del Comité de Selección, termina cuando se otorga la buena pro al postor ganador y de ahí en adelante quedará en manos del residente y supervisor o inspector de obra, la correcta ejecución de la obra.

Entonces, desde qué momento, se podría juzgar o acusar sobre la comisión u omisión de no haber ejecutado de manera adecuada una obra y quiénes deberían responder por ello.

Otro problema, de carácter gravoso tal vez, es la insuficiente regulación, para el saneamiento por los defectos y vicios ocultos de la obra en sí, pues la misma Ley y Reglamento, nos derivan al Código Civil, para una aplicación supletoria; sin embargo, dicho cuerpo legal, por su misma naturaleza, solo regula defectos o vicios ocultos, respecto a prestaciones de servicios, suministros, etc. que a comparación del monto que se utiliza en la ejecución de una obra pública, existe una gran diferencia.

Con lo que podemos, concluir respecto al plazo de extensión de responsabilidad deberá ser mucho mayor, el cual debe ser establecido en proporción a la inversión que se realiza para la ejecución de una obra; así mismo, debería existir un periodo de prueba paralelo, para los actores del procedimiento de selección, así como de ejecución del contrato de obra, todo ello, regulado específicamente, por normas del Derecho Administrativo.

3.2 Plazo de responsabilidad contractual, en la legislación comparada: **España**

Hemos considerado, a la legislación española para el presente trabajo de investigación, ya que a nuestro parecer, es la más acertada en cuanto a una

regulación de contratación pública y además, que al igual que Ley de Contrataciones de nuestro país, su entrada en vigencia es también reciente.

Se dice, que la población desde la Unión Europea, esperaba las mejoras en la Ley de Contratos del Sector Público de España como parte de la “Estrategia Europa 2020” y finalmente el 9 de marzo de 2018, habría sido la fecha en que la nueva ley 9/2017 de contratos del sector público entró en vigor.

Se debe entender por “Estrategia Europea 2020 o Europa 2020”, según la información virtual, a “la estrategia de crecimiento de la Unión Europea para la década 2010-2020, cuya finalidad no es solo superar la crisis que continúa azotando a muchas economías, sino también subsanar los defectos de los modelo de crecimiento y crear las condiciones propicias para un tipo de crecimiento distinto, más inteligente, sostenible e integrador. Dicha estrategia debe permitir a la Unión Europea (UE) alcanzar un crecimiento inteligente, a través del desarrollo de los conocimientos y de la innovación, un crecimiento sostenible, basado en una economía más verde, más eficaz en la gestión de los recursos y más competitiva, y un crecimiento integrador, orientado a reforzar el empleo, la cohesión social y territorial”¹⁹⁴.

Respecto a ello, por parte de nuestro país, con la nueva Ley de Contratación, se ha buscado establecer una nueva gestión, la denominada Gestión por Resultados, que ya fue desarrollada en párrafos anteriores.

Cabe destacar por otra parte, que “durante el 2017, las licitaciones en España crecieron en torno a un 50%, llegando hasta los 10.300 millones de euros y que en general, el volumen que mueve la contratación pública está en torno al 20% del PIB nacional. Teniendo en cuenta el contexto, una nueva ley actualizada era una necesidad de notable importancia. Cuyos objetivos principales que persigue esta ley son: mayor transparencia, simplificación de trámites, eficiencia en gastos,

¹⁹⁴ MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES. *Europa 2020* [ubicado el 24.V del 2018]. Obtenido en <http://www.ciencia.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.26172fcf4eb029fa7da6901432ea0/?vgnnextoid=9fa3cd8da41c1410VgnVCM1000001d04140aRCRD>

facilitar la participación a las PYMES y potenciar políticas sociales y medio ambientales”¹⁹⁵.

Nos llama mucho la atención esta nueva ley, porque sobre contratación pública, “...en el marco de la denominada “Estrategia Europa 2020”, dentro de la cual, la contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos”¹⁹⁶.

Así pues, específicamente al tema que nos encontramos desarrollando, la Ley 9/2017, parte por definir qué se debe entender por un contrato de obra, regulando en su Artículo 13º Contrato de obras: “... 3.-Los contratos de obras se referirán a una obra completa, entendiendo por esta la susceptible de ser entregada al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ampliaciones de que posteriormente pueda ser objeto y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para la utilización de la obra...”.

Consideramos, solo este párrafo del artículo, para demostrar que dicha ley, a través de un contrato de obra, busca cumplir con las demandas públicas.

Ahora, qué es lo que ha regulado esta nueva ley de contrataciones española, respecto a la responsabilidad del contratista; según el Artículo 244º, ha prescrito el tema de Responsabilidad por Vicios Ocultos: “1. Si la obra se arruina o sufre deterioros graves incompatibles con su función con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción, debido al incumplimiento del contrato por parte del contratista, responderá este de los daños y perjuicios que se produzcan o se manifiesten durante un plazo de quince años a contar desde la recepción.

Asimismo, el contratista responderá durante dicho plazo de los daños materiales causados en la obra por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los

¹⁹⁵ *Nueva ley de contrataciones públicas en España* [ubicado el 24.V del 2018]. Obtenido en <https://www.licitaciones.es/nueva-ley-de-contratacion-publica>.

¹⁹⁶ SEI QUER. AUDITORES Y CONSULTORES. *Manual práctico para la aplicación de la Ley 9/2017* [ubicado el 29.V del 2018]. Obtenido en <http://www.adlas.es/descargas/perfil/manual-ley9-2017.pdf>.

soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad de la construcción, contados desde la fecha de recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de estas.

2. Las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el apartado anterior por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan o se manifiesten dichos daños, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual.

3. Transcurrido el plazo de quince años establecido en el primer apartado de este artículo, sin que se haya manifestado ningún daño o perjuicio, quedará totalmente extinguida cualquier responsabilidad del contratista”.

A comparación de nuestra legislación, el plazo de responsabilidad del contratista por vicios ocultos, es un poco más de doble. Sin embargo, del mismo artículo, se desprende un tema importante, pues en los párrafos regulados, se ha señalado “plazo de garantía”.

Sobre el plazo de Garantía, la norma española, no ha desarrollado un artículo que lo especifique; pero, sí ha hecho una clara referencia en el Artículo 243º Recepción y Plazo de Garantía, el cual prescribe en su numeral 3: “El plazo de garantía se establecerá en el pliego de cláusulas administrativas particulares atendiendo a la naturaleza y complejidad de la obra y no podrá ser inferior a un año salvo casos especiales”.

Del cual podemos inferir, que habrá un plazo para garantizar la correcta ejecución de la obra y si durante el transcurso de dicho plazo surgen algunas averías, tales como los vicios ocultos, responderá por los próximos quince años.

3.3 ¿Es suficiente el plazo de responsabilidad del contratista regulado en la ley?

Antes de responder la pregunta, debemos tener en cuenta, que gracias al poder discrecional del Estado, este se encuentra investido de diferentes facultades para poder lograr sus fines de desarrollo. Estas facultades, se manifiestan a través de la

actuación de la Administración Pública, una de estas facultades específicamente, viene a ser el contrato administrativo.

Estos contratos administrativos, como señalábamos, se crean por un acuerdo que genera una relación jurídica, o por el solo consentimiento de adhesión del particular a lo que la administración le viene proponiendo. Una de sus finalidades de la administración en estos contratos, es el desarrollo de la infraestructura de servicios públicos, los cuales contribuyen al desarrollo del Estado.

Cabría preguntarnos, porqué el Estado promueve toda esta inversión, cuál es el beneficio de todo ello, la respuesta ya es sencilla, gracias a estas estrategias que tiene el Estado se va a poder cumplir con algunas de las necesidades sociales tales como: carreteras, hospitales, puentes, colegios, universidades, etc., ya que la población, encuentra muchas veces cierta insatisfacción frente a los servicios públicos.

Por ello, nuestro país se ha acogido a una nueva forma de gestión, la denominada Gestión por resultados donde "... El administrador público debe saber qué se espera de su gestión, de qué forma va a alcanzar los objetivos propuestos, la clase de beneficios que obtendrá y las sanciones que se le aplicará durante su desempeño"¹⁹⁷.

Ante tales problemas y demandas sociales, nuestra legislación ha regulado y recientemente modificado a la Ley de Contrataciones con el Estado; esta Ley, regula diversos aspectos del contrato, desde las formas de selección, hasta las garantías que el Estado brinda al contratista, entre otros aspectos.

En cuanto al contrato de obras públicas, como todo contrato, en teoría general cuenta con un objeto para el cual ha sido creado; en los contratos de ejecución obras, tienen por objeto el cumplimiento efectivo de la obra de acuerdo a las bases que le dieron origen.

Señalábamos además, que esta clase de contratos cuenta con un aspecto particular, pues una vez entregada la obra, empezará el cómputo del plazo de

¹⁹⁷IVANEGA, Miriam Mabel. Ob. Cit, 88.

garantías respecto de la responsabilidad del contratista después de entregada la obra.

En este punto, surge el problema puesto que, al tratarse de obras de gran envergadura, deberían contar con un plazo específico, ya que lamentablemente en el artículo 40° de la nueva Ley, sigue regulando un plazo de responsabilidad de manera genérica (el plazo de responsabilidad no podrá ser inferior a siete (7) años, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda), lo que implica que la ley solamente ha fijado un límite mínimo de responsabilidad en el tiempo, el mismo que se considera que no guarda proporcionalidad con el tiempo de duración que debería tener la obra.

Además, la disposición de estos plazos, quedara a criterio del Comité de Selección, los mismos que van a ser incluidos en las bases de contratación; pues así lo regula la Ley de Contrataciones del Estado. Por lo que podemos decir, que la delimitación del plazo de garantías se puede prestar a criterios subjetivos del comité; criterios que muchas veces pueden estar manipulados para favorecer a ciertos contratistas, que buscan aprovecharse de la inversión que pretende realizar la Administración.

Por ello, somos de la idea, que es necesario ampliar y especificar en la ley el plazo de responsabilidad de los contratistas de obras públicas, debido a la insuficiencia de fuentes de información para el planteamiento y elaboración de las bases administrativas. Considerando el tiempo de larga duración que debería tener las obras de infraestructura y al beneficio que de ella espera recibir la población.

De la comparación, que realizamos con la legislación española, podemos asegurar, que el tema de la responsabilidad del contratista, se encuentra mejor regulado, ya que han optado por un “recurso a la responsabilidad del contratista por vicios ocultos en la construcción, que abarca un plazo de quince años, a efectos de poder reclamar daños y perjuicios a la empresa contratista”. Es decir, después del plazo de responsabilidad del contratista que por lo general es un año, se establece quince años más, si la obra no cuenta con los resultados esperados. Nuestra legislación también ha tomado en cuenta los vicios ocultos pero insisto una vez más, a pesar de ellos son los plazos de responsabilidad los que carecen de suficientes criterios técnico- jurídicos para ser establecidos.

Como podemos comprobar, hay países que sí le han dado la importancia debida a este aspecto del contrato de obra pública, ya que es uno de los aspectos más fundamentales del contrato porque está relacionado al resultado de la obra, resultado que además de contribuir al desarrollo del país, va a satisfacer adecuadamente las necesidades de la población.

Al aumentar, especificar y regular específicamente el tema de la responsabilidad del contratista, estamos seguros que la Administración Pública, no estaría cometiendo ningún exceso sobre los contratistas privados, porque las ganancias que estos perciben son muy altas.

3.4 ¿Quién debe fijar el plazo de responsabilidad: las bases administrativas o la ley?

Del artículo 40° de la nueva Ley, podemos entender, que son los integrantes del Comité de Selección, basados en lo regulado en el artículo mencionado, deberán fijar el periodo de responsabilidad del contratista y que este no debe ser menos de siete años, “según corresponda”.

En tal sentido, la nueva Ley regula el plazo de responsabilidad y los integrantes del Comité de Selección, lo establecerán en las bases del procedimiento de selección, para que el postor ganador, luego de la entrega y liquidación de la obra, se someta a lo que a nuestro parecer vendría a ser un periodo de prueba.

Respecto a que la ley, sea quien fije el plazo de responsabilidad del contratista, estamos de acuerdo, para que de esa manera la administración pública, pueda ejercer su potestad sancionadora; esta potestad, “consiste en un poder de actuación que ejercitándose de acuerdo con el ordenamiento jurídico, puede generar situaciones que obligan a otros sujetos; es aquella situación de poder genérico, no determinado a priori, posibilita a su titular a imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas”¹⁹⁸.

Sumado a ello, sería más adecuado que la ley, sea quien regule el plazo de responsabilidad del contratista, ya que en un sentido técnico – jurídico, la Ley

¹⁹⁸ MALJAR, Daniel. Ob. Cit., 36.

significa un tipo de normas jurídicas que, dotadas de unos requisitos formales específicos, poseen un valor superior al resto de la normatividad jurídica.

Entonces, incidimos una vez más, que el problema, es en realidad la inexistencia de plazo específico, para la responsabilidad del contratista, durante un periodo de prueba, que debería ser regulado por ley, en este caso la Ley de Contrataciones del Estado.

Pues a pesar, que en esta nueva Ley se haya mejorado el sistema de contrataciones de nuestro país, el cual ha permitido reducir en parte la corrupción y la mejor orientación de los procesos de selección por parte de Funcionarios del Estado; solo se ha tomado en cuenta ciertos aspectos de control, alguno de ellos son "... Registro Nacional de Proveedores; las limitaciones que se han señalado para ser contratista; la creación y la obligatoriedad del Plan Anual de Contrataciones del Estado; la creación del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE); y la prohibición de fraccionamiento"¹⁹⁹.

El problema surge, porque a pesar de que existe un periodo de garantía para las obras públicas, nuestra legislación ha tomado de manera general la determinación de este plazo, dejando a criterio del Comité de Selección el establecimiento de este periodo, pese a que, como se ha venido señalando, esta inversión que realiza el Estado tiene un carácter económico elevado.

En más de una ocasión, se ha visto evidenciado el pésimo resultado de la obra entregada a la Administración, que da origen a una controversia entre la administración y el contratista, que por cierto, primero se tiene que probar el perjuicio injustificado para que después puedan ir a conciliación o arbitraje. Todo este proceso podría ser evitado, en gran parte, si se establecieran específicamente, los plazos para cada tipo de obra o para cada monto invertido; además, sería favorable tanto para el contratista como para la Administración.

En el caso del contratista, tendría conocimiento certero y seguro respecto al tiempo que va a ser responsable después de entregada la obra. Y en cuanto, al Estado, éste se beneficiaría respecto a que se impondría criterios objetivos y sobre todo

¹⁹⁹ REVILLA VERGARA, Ana Teresa. "La transparencia en la ley de contrataciones del Estado", *Derecho PUCP*, N° 66, 2011, 195- 221.

limitaciones al Comité Especial para el establecimiento del plazo, para que de esta manera no se pueda ver favorecido indebidamente el contratista, y, por otro lado, los integrantes de este comité no sean tentados a sacar provecho indebido en lo que la Administración les ha confiado.

Además, al establecerse un plazo de responsabilidad con criterios objetivos en este tipo de obra, el Estado tendría una garantía a su favor respecto a poder exigir el cumplimiento de la obligación del contratista.

3.5 Criterios para fijar el plazo máximo de periodo de prueba o responsabilidad del contratista

La aplicación de criterios no adecuados genera proyectos que no inciden en la mejora de la calidad de vida de la población; por ello, como mencionamos, se ha tenido como resultado obras sobredimensionadas, sobrevaloraciones, con plazos incumplidos, obras paralizadas, sin funcionamiento, entre otros.

En algunos momentos del desarrollo de la presente investigación, mencionábamos el tema de obras de gran envergadura; por tal motivo, creemos necesario para que sean consideradas como tal y en base a ello, poder determinar el plazo de responsabilidad del contratista, durante un periodo de prueba, dos criterios importantes:

A. Vida útil del bien

Al igual que cualquier otro bien, un inmueble tiene fecha de caducidad, pues “con el tiempo la calidad de la estructura y los materiales se va perdiendo. La falta de mantenimiento también influye en este proceso y, como resultado, la propiedad queda inhabitable”²⁰⁰.

Según la información recopilada, nos mencionan algunos que el término correcto para referirse a esta duración es “el tiempo de vida útil”, que no es nada más que el periodo en el que un inmueble puede desarrollar la función para la que fue hecho.

Sin embargo, la mayoría de autores, coincide que vida útil del bien, se refiere al “periodo de tiempo por el cual el activo se espera que sea utilizado por la entidad, o

²⁰⁰ TRIVENIO DAZA, Daniel. *Gestión de las obras públicas* [ubicado el 28.VIII del 2018]. Obtenido en http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/obras_publicas.pdf.

el número de unidades de producción o similares que la entidad espera obtener del activo”²⁰¹.

Asimismo, respecto al tema que nos encontramos tratando, en general “el tiempo de vida útil de una construcción se determina evaluando las condiciones en las que se encuentra, así como de los materiales empleados”²⁰².

Se menciona además, que para determinar la vida útil del bien, “la autoridad competente que autorice la vida útil estimada del bien o grupo de bienes deberá contar con un dictamen técnico, peritaje obtenido o estudio realizado que considere según corresponda, los elementos anteriormente enunciados”²⁰³.

Con la aplicación correcta de este criterio, como podemos notar, se estaría evitando toda intervención limitada en el tiempo, que utiliza total o parcialmente recursos públicos, con el fin de crear, ampliar, mejorar, modernizar o recuperar la capacidad productora de bienes o servicios; cuyos beneficios se generen durante la vida útil del proyecto y éstos sean independientes de los de otros proyectos.

Otro dato importante, respecto a este tema, se trata de los criterios para determinar la vida útil de un bien, en teoría general señalan cuatros criterios para determinar la vida útil, dichos criterios son: “el uso que el ente público espera realizar del activo, el deterioro natural esperado, la obsolescencia técnica, los límites legales o restricciones similares sobre el uso de activos”²⁰⁴.

Con todo lo desarrollado, llevando a la aplicación adecuada en nuestra aplicación, se entenderá este criterio, que la autoridad competente que autorice la vida útil estimada del bien o grupo de bienes deberá contar con un dictamen técnico, peritaje obtenido o estudio realizado que considere según corresponda, durante el procedimiento de selección y posteriormente durante el periodo de prueba.

²⁰¹ *Metodología para el reconocimiento, medición y registro de los bienes de propiedad, planta y equipo de las entidades gubernamentales* [ubicado el 13.VI del 2018]. Obtenido en <https://www.mef.gob.pe/es/normatividad-sp-2134/por-instrumentos/directivas/13922-05-rdn-006-2012-pip-transporte-estudios-en-paquete-mod-anexo-snip-09-10-y-16-2-2-final-621/file>.

²⁰² REVILLA VERGARA, Ana Teresa. Ob. Cit.

²⁰³ HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Manuel. *Estimación de vida útil y depreciación de bienes de los Entes Públicos* [ubicado el 22.VI del 2018]. Obtenido <http://132.248.9.34/hevila/Revistahaciendamunicipal/2013/no120/3.pdf>.

²⁰⁴ *Ibídem*.

Sumado a todo lo que hemos desarrollado, creemos para un resultado exitoso respecto a la vida útil del bien, lo más importante sería la calidad de los materiales, pues sería el elemento clave, para ampliar el tiempo de vida útil de un inmueble.

B. Utilidad pública (finalidad para lo que fue construido el bien)

Otro de los criterios necesarios, que creemos adecuado aplicar al momento de aplicar el plazo de responsabilidad del contratista, durante el periodo de prueba, es la utilidad pública, para la cual estaría destinado la obra pública ejecutada.

Pues la utilidad pública, se refiere a aquella actividad, bien o servicio que es de beneficio o interés colectivo, ya sea para los ciudadanos de un país o a mayor escala, para la sociedad en su conjunto.

Es importante mencionar, que “la utilidad pública se contrapone a la utilidad privada en el sentido de que no busca el beneficio de un pequeño grupo de socios o accionistas sino que se enfoca a beneficiar a un conjunto amplio de individuos. Muchos de estos individuos no han hecho una contribución específica al desarrollo de la actividad o producción del bien o servicio”²⁰⁵.

De todas formas, hay que tener presente que existen muchas definiciones. No existe un concepto único y general pero su idea central es el beneficio de un amplio sector de la sociedad.

Respecto a este criterio, debemos incluir que la utilidad pública, se encuentra muy ligada al tema de la administración pública; ya que, la “Administración pública sirve con objetividad a los intereses generales, comunes, de todos los ciudadanos. De esta manera la cláusula de utilidad pública o general haría referencia no tanto a la legitimación en sí de la Administración como organización, como poder público, sino al fin perseguido mediante el ejercicio de cierta potestad administrativa que sería la obtención, satisfacción, logro o consecución de un beneficio o de una ventaja no privada, sino común, general, es decir, afectante a todos los administrados”²⁰⁶.

²⁰⁵ G. Elías y Muñoz Abogados. *Utilidad pública o interés social* [ubicado el 26.VIII del 2018]. Obtenido en <https://www.eliasymunozabogados.com/diccionario-juridico/utilidad-publica-o-interes-social>.

²⁰⁶ TRIVEÑO DAZA, Daniel. Ob. Cit.

Por otro lado, de las fuentes consultadas, respecto al tema de utilidad pública, en nuestra legislación hay un punto muy importante, sobre la regulación de la utilidad pública, ya que, “sustantivamente se entienden de las exigencias derivadas de la actuación administrativa en el marco de obras públicas, servicios, dotaciones y demás aspectos relacionados con el giro o tráfico administrativo, resultando beneficiaria de la expropiación, directa o indirectamente, la Administración. Por interés social, concepto añadido para dar cobertura a las expropiaciones en las que el beneficiario sea un particular, se entiende cualquier fin supraindividual que denota una necesidad colectiva prevalente a la del mantenimiento de la situación privada afectada”²⁰⁷.

Como podemos notar, nuestra legislación se ha preocupado por el tema de la expropiación, para la satisfacción de las demandas públicas a través del criterio de utilidad pública; en tal sentido, si se ha podido afectar el derecho fundamental a la propiedad, utilizando este criterio; por qué entonces, no se utilizaría para el cálculo del plazo de responsabilidad del contratista durante el periodo de prueba, si nos encontramos ante un presupuesto público elevado, que tiene como finalidad la satisfacción de las demandas públicas.

Con ello, fácilmente podemos asegurar, que si en nuestro ordenamiento jurídico ha aplicado este criterio para la expropiación de tierras, con la finalidad de satisfacer las demandas públicas; muy bien lo podría hacer en cuanto a la construcción de obras públicas, que tienes el mismo objeto.

Finalmente, luego de haber desarrollado toda nuestra investigación; hemos llegado a la conclusión, que si queremos que nuestro país continúe su desarrollo a pasos agigantados, de manera real; es necesario el compromiso moral de todos los actores que desempeñan un cargo público.

Sin embargo, la misma norma es la que debería regular los plazos de responsabilidad del contratista, durante un periodo de prueba más amplio, pues como ya desarrollamos, nos encontramos frente a grandes montos de dinero, los cuales si fueran bien utilizados en la ejecución de las obras públicas, estas tendrían resultados exitosos y sobre todo duraderos y como hemos dado a conocer son

²⁰⁷ MEJORADA, Martín. “La necesidad de expropiar”, *IUS La Revista*, N°38, marzo 2007, 74-79

posibles de realizar si se aplicaran los criterios adecuados al momento de establecer las base para un procedimiento de selección.

Por otra parte, esta responsabilidad, no solo se debe limitar a prescribir o regular las exigencias en una norma, que sanciona únicamente al contratista, pues se debe incluir dentro de las responsabilidades a los actores de todo el procedimiento de selección, en este caso, sería a los integrantes del comité de selección, ya que en sus manos está, decidir por la mejor propuesta para la ejecución de la obra que se pretende ejecutar.

Pues bien, teniendo en cuenta estos parámetros que pueden servir para establecer un criterio adecuado para determinar el plazo de responsabilidad del contratista, considero, desde mi punto de vista, que en algunos casos podría incluirse el plazo de duración de la concesión; por ejemplo, las carreteras interoceánicas han sido concesionadas por 30 o 40 años, periodo durante el cual el contratista va a explotar esos bienes; por lo tanto, podría señalarse que la responsabilidad se extiende o permanece vigente durante todo el plazo en que dura la concesión, es decir durante esos 30 o 40 años, y que una vez entregada la obra al Estado, la responsabilidad se mantiene por un periodo X de tiempo adicional.

Otro factor o parámetro, es el valor de la inversión o el costo de la obra, ya que el Estado realiza una millonaria inversión en dichas obras. Entonces, lo que debería proponerse es un criterio que se base en la rentabilidad de la inversión.

Por ejemplo: si el Estado, va a gastar 5 millones de soles en construir una posta médica, y esta posta solo tiene una vida útil de 5 años, eso quiere decir que dentro de otros 5 años más, el estado tendrá que gastar otra cantidad adicional de dinero, para construir o reemplazar la antigua posta que solo duró 5 años.

Esto, tiene que ver con el principio de eficiencia en el gasto, que es un principio aplicable a todas las contrataciones estatales; es decir, el Estado tiene que gastar menos, pero conseguir el mejor resultado. Así, diríamos que un gasto de 5 millones en una posta, por lo menos debería reflejarse en una vida útil de la posta de 10 a 20 años. Si no fuera así, tendríamos más casos como el puente que “no se cayó, se desplomó” y que según la entidad estatal, estaba previsto para que solo dure 8 años.

CONCLUSIONES

I. Es importante, que el legislador al momento de regular el plazo de responsabilidad del contratista, debería tener en cuenta los criterios de vida útil del bien y su utilidad pública, los cuales tienen como objeto la satisfacción de las demandas públicas. Solo encontrándose el plazo regulado por ley, para el planteamiento y elaboración de las bases, se tendrá que valorar también dichos criterios; en tal sentido, al tratarse de montos elevados para la ejecución de las obras, el plazo de responsabilidad del contratista, debería ser mayor a doce años.

II. Específicamente, para el tema de las licitaciones públicas, el procedimiento de selección se encuentra a cargo del comité de selección, los cuales están encargados desde la formulación de las bases hasta el otorgamiento de la buena pro, al postor ganador; en consecuencia, deberían ser responsables del resultado, luego de la ejecución de una obra, es decir, durante el periodo de prueba de la obra; así, los profesionales que conformaron el comité de selección, deberán responder por haber procedido u omitido un actuar, eficiente y ético respecto al destino de la inversión que realiza una entidad pública. Si bien, los integrantes del comité de selección, realizan un trámite meramente formal, estas personas son las piezas clave, para decidir por la mejor opción dentro de los postores, los cuales, deberían ser elegidos en beneficio netamente de la sociedad y no de apetitos personales.

III. Nuestro país, al ser un Estado, Social y Democrático de Derecho, a través de la administración pública, puede celebrar ciertos contratos de carácter público con los privados, para lograr sus fines. Por todo ello, podemos decir que, la administración posee una gama más o menos amplia de posibilidades para incitar o determinar a los particulares a desarrollar conductas económicamente valorables en beneficio de intereses colectivos. Así, nuestro Estado cuenta con una economía en cierta forma liberalizada, en la que se asigna especial importancia a la gestión de las iniciativas particulares, con las que se pacta, pero introduciendo determinadas matizaciones singulares. Las cuales, se encuentran reguladas por el ordenamiento jurídico peruano, desde la Constitución Política, hasta los Reglamentos; sumado a ello, el Perú también cuenta con el Ministerio de Economía y Finanzas que tiene entre una de sus funciones la promoción para la incorporación de inversión privada en servicios públicos y obras, en base a iniciativas públicas y privadas de competencia nacional.

IV. La nueva Ley de Contrataciones, ha continuado con el error, de prescribir en su artículo 40°, que en el caso de obras, el plazo de responsabilidad no puede ser inferior a siete (7) años, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda. Otro problema, de carácter gravoso tal vez, es la insuficiente regulación, para el saneamiento por los defectos y vicios ocultos de la obra en sí, pues la misma Ley y Reglamento, nos derivan al Código Civil, para una aplicación supletoria; sin embargo, dicho cuerpo legal, por su misma naturaleza, solo regula defectos o vicios ocultos, respecto a prestaciones de servicios, suministros, etc. que a comparación del monto que se utiliza en la ejecución de una obra pública, existe una gran diferencia. Así pues, la regulación respecto a la responsabilidad del contratista de la Ley solo, cumple con realizar una simple prescripción respecto el plazo de responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

1. ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro; y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. Comentarios al Reglamento y Ley de Contrataciones del Estado, Lima, Instituto Pacífico, 2017.
2. ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro; y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. Comentarios al Reglamento y Ley de Contrataciones del Estado, Tomo II, Lima, Instituto Pacífico, 2017.
3. ÁLVARES ILLANES, Juan Francisco; y ÁLVARES LLOSA, Renato Antonio. Manual operativo de las contrataciones del Estado, Lima, Álvares y Llosa editores, 2017.
4. CAPCHA REYMUNDO, Olivia Blanca. Las contrataciones y adquisiciones del Estado en la jurisprudencia del OSCE, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2017.
5. CASSAGNE, Juan Carlos. Curso de Derecho Administrativo, Bueno Aires, Fondo editorial de Derecho y Economía, 2011.
6. DANOS ORDOÑEZ, Jorge. Las razones de la reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo peruana, en Estudio de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Iberoamericano Innovación y reforma. Libro homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2018.
7. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Lima, Palestra, 2001.
8. DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, Tomo II, 8º edición, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2000.
9. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo. I, 10ª edición, Madrid, CIVITAS, 2001.
10. GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, 11ª edición, Madrid, Tecnos, 2002.
11. GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Parte general. 4ª edición, Buenos Aires, Ara, 2003, XI-2LO.

12. HUAPAY TAPIA, Ramón. Concepto, especies y criterios del contrato público, en Estudio de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Iberoamericano Innovación y reforma. Libro homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2018.
13. IVANEGA, Miriam Mabel. Principios de la Administración Pública, 6ª edición, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma S. R. L., 2005.
14. LINARES JARA, Mario. Contratación Pública. Derecho Local. Internacional y de la Integración, Lima, Grijley, 2008.
15. MALJAR, Daniel. El Derecho Administrativo Sancionador, Ad hoc, Buenos Aires, 2009.
16. MORAGA, KLENNER, Claudio. Contratación Administrativa, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2007.
17. NAVAS RONDÓN, Carlos. La potestad sancionadora en las contrataciones públicas. Ley de Contrataciones del Estado y Reglamento, 2ª edición, Lima, San Marcos, 2010.
18. PATRON FAURA, Pedro y PATRÓN BEDOYA, Pedro. Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú, quinta edición, Lima, Grijley, 1996.
19. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo I, Madrid, Ramón Areces, 1991.
20. SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo, México D.F. – México, editorial PORRUA, 1997.
21. SILVA CIMA, Enrique. Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos, Contratos y Bienes, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1997.
22. ZARZOSA GONZÁLES, César Antonio y otros. Guía práctica sobre el acceso a la transparencia y el acceso a la información pública. Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico, Lima, 2014.

Revistas

23. ALIAGA GASTELUMENDI, Hugo Armando. “Principios en la Ley de Contrataciones del Estado”, Gestión Pública y Desarrollo, N° 5, Noviembre 2010, 5-7.
24. ALTAMIRA, Pedro Guillermo. “El contrato administrativo”, Revista de economía estadística, Vol. 05, 1997, 53 – 70.
25. FALEN INCHÁUSTEGUI, Óscar. “Los Contratos Administrativos y sus modificaciones”, Revista Jurídica del Perú, tomo 123, mayo 2011.
26. MARTÍN TIRADO, Richard. “La naturaleza del contrato estatal. La necesidad de contar con un régimen unitario de contratación pública”, Actualidad jurídica, tomo 143, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, 156-164.
27. MEJORADA, Martín. “La necesidad de expropiar”, IUS La Revista, N°38, marzo 2007, 74-79.
28. MORENO MOLINA, José Antonio. “Principios generales de la contratación pública”, Revista Jurídica de Navarra, N° 45, Junio 2008, 45-70.
29. REVILLA VERGARA, Ana Teresa. “La transparencia en la ley de contrataciones del Estado”, Derecho PUCP, N° 66, 2011, 195- 221.
30. RODRÍGUEZ ALFARO. “El Derecho de las Concesiones”, De la mano con la Inversión, N° 370, 13-22.

Tesis

31. GUEVARA REYES, Jefferson César. Elementos esenciales que permiten demostrar la vigencia del contrato administrativo, frente al contrato civil, Tesis para optar el grado de Magister, Trujillo, U.N.T., 2007.

Link

32. ALVARADO, Karina. El sistema de Contratación Estatal en el Perú, 2004 [ubicado el 30.X de 2015]. Obtenido en http://www.gestionpublica.org.pe/plantilla/practx09//contrat_estado/2007/compest_07_1.pdf.
33. BUTLOW, Daniel Enrique. Vivir con Vicios Ocultos [ubicado el 24.IV del 2016]. Obtenido en <http://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/viewFile/466/438>.
34. CANO LARROTCHA, José. Responsabilidad del contratista de obras públicas una vez transcurrido el plazo de garantía [ubicado el 21.XI del 2017]. Obtenido en <http://www.acalsl.com/blog/2013/09/responsabilidad-del-contratista-de-obras-publicas-una-vez-transcurrido-el-plazo-de-garantia>.
35. CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí. El Principio de Integridad en la Contratación Pública (dúo) [ubicado el 13 de III del 2018]. Obtenido en <https://www.thomsonreuters.es/es/tienda/duo/El-Principio-de-Integridad-en-la-Contratacion-Publica-duo/p/10002269>.
36. COHERENCIA PERÚ. Sostenibilidad Ambiental [ubicado el 01.VI.2017]. Obtenido en <http://www.coherencia.pe/https-scribd-comdoc212271285001-ideario-final-1-1/sostenibilidad-ambiental/>.
37. DIARIOS OFICIAL EL PERUANO. Contratos de obras incluirán cláusulas anticorrupción 2017 [ubicado el 13.X del 2017]. Obtenido en <https://elperuano.pe/noticia-contratos-obras-incluiran-clausulas-anticorrupcion-54529.aspx>.
38. EFFIO ORDÓÑEZ, Augusto Oliver y PAJUELO ORBEGOSO, Alexander. Principios rectores de la contratación pública [ubicado el 03 de XI de 2016]. Obtenido en http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2_m1_a.pdf.
39. El Contrato Administrativo [ubicado el 10 de XI del 2015]. Obtenido en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1920/11.pdf>.
40. ESCUELA DE GOBIERNO Y GESTIÓN PÚBLICA. Ley de contrataciones del Estado: Finalidades y principios de la Ley, 2016 [ubicado el 29.VII 2017]. Obtenido en <https://rc-consulting.org/blog/2016/12/nueva-ley-de-contrataciones-del-estado/>.
41. ESTEBAN, Claudia. La teoría de los Contratos Administrativo [ubicado el 12.VII del 2016]. Obtenido en http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo83/files/2011_-_04_-_03_Esteban.pdf.
42. G. Elías y Muñoz Abogados. Utilidad pública o interés social [ubicado el 26.VIII del 2018]. Obtenido en <https://www.eliasymunozabogados.com/diccionario-juridico/utilidad-publica-o-interes-social>.
43. GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa [ubicado el 07 de XI del 2015]. Obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/viewFile/14022/14644>.

44. HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Manuel. Estimación de vida útil y depreciación de bienes de los Entes Públicos [ubicado el 22.VI del 2018]. Obtenido <http://132.248.9.34/hevila/Revistahaciendamunicipal/2013/no120/3.pdf>.
45. HUANCAUQUI RODRÍGUEZ, Edith y otros. Derechos y deberes del contratista durante la ejecución contractual para la ejecución de bienes y servicios [ubicado el 14.V del 2016]. Obtenido en http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m4_prov.pdf.
46. INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS. Los principios de la contratación estatal, 2017 [ubicado el 25.XI 2017]. Obtenido en <http://incispp.edu.pe/blog/los-principios-la-contratacion-estatal/>.
47. INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS. Licitación pública en el Perú [ubicado el 02.X del 2017]. Obtenido en <http://incispp.edu.pe/blog/licitacion-publica-peru/>.
48. INCISPP. La ejecución de Obras Públicas en la Ley 30225 [ubicado el 17.X del 2017]. Obtenido en <http://incispp.edu.pe/blog/la-ejecucion-de-obras-publicas-en-la-ley-30225/>.
49. LEÓN FLORES, Jorge Alfredo. Apuntes históricos en torno de “los vicios ocultos” en el derecho administrativo y en el derecho civil peruanos [ubicado el 15.V del 2016]. Obtenido en http://www.gestionpublica.org.pe/plantilla/practx09/contrat_estado/2010/compest_10_13.pdf.
50. Los contratos públicos y privados [ubicado el 14 de XI del 2015]. Obtenido en <http://es.scribd.com/doc/16389795/LOS-CONTRATOS-PUBLICOS#scribd>.
51. MARTÍN TIRADO, Richard J. El libramiento estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú [ubicado el 01 de XI de 2015]. Obtenido en <file:///C:/Users/admin/Downloads/9386-37163-1-PB.pdf>.
52. Metodología para el reconocimiento, medición y registro de los bienes de propiedad, planta y equipo de las entidades gubernamentales [ubicado el 13.VI del 2018]. Obtenido en <https://www.mef.gob.pe/es/normatividad-sp-2134/por-instrumentos/directivas/13922-05-rdn-006-2012-pip-transporte-estudios-en-paquete-mod-anexo-snip-09-10-y-16-2-2-final-621/file>.
53. MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES. Europa 2020 [ubicado el 24.V del 2018]. Obtenido en <http://www.ciencia.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.26172fcf4eb029fa7da6901432ea0/?vgnnextoid=9fa3cd8da41c1410VgnVCM1000001d04140aRCRD>.
54. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Crédito presupuestario [ubicado el 10.X del 2018]. Obtenido en <https://www.mef.gob.pe/es/presupuesto-publico-sp-18162/29-conceptos-basicos/77-credito-presupuestario>.
55. MINISTERIO PÚBLICO – GERENCIA GENERAL. Procedimientos de selección [ubicado el 10.X del 2017]. Obtenido en https://www.mpf.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4599metodos_de_contratacion.pdf.
56. Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado [ubicado el 10 de VII del 2018]. Obtenido en http://portal.osce.gob.pe/osce/content/tribunal_quienes_somos.
57. OSCE. Las modalidades de contratación, en la nueva ley de contrataciones [ubicado el 02.X del 2017]. Obtenido en <http://portal.osce.gob.pe/osce/las-modalidades-contratacion-publica-la-nueva-ley-contrataciones-del-estado/>.

58. OSCE. Contratación de obras públicas [ubicado el 26.XI del 2017]. Obtenido en http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/curso_contratacion_obras/libro_cap1_obras.pdf.
59. OSCE. Gestión de riesgos en la planificación de la ejecución de obras [ubicado el 13.X del 2017]. Obtenido en http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/DIRECTIVAS_2017L1341/Modificacion_Directiva_012-2017-OSCE_CD_Gestion_de_Riesgos_Obras.pdf.
60. OSCE. Derechos y deberes del contratista durante la ejecución contractual para la ejecución de obras y consultorías de obras [ubicado el 17.X del 2017]. Obtenido en http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/pa2_m4_prov%281%29.pdf.
61. OSCE. Gestión por resultados en la contratación pública [ubicado el 27.IX del 2017]. Obtenido en http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Materiales/Gest_por_resul1.pdf.
62. OSCE. Manual de usuario para proveedores. Módulo de selección [ubicado el 10.X del 2017]. Obtenido en <http://www2.seace.gob.pe/Documentos/189912301621484rad4AE25.pdf>.
63. OSCE. ¿Cómo se determina el mejor puntaje en los procedimientos de selección para la ejecución de obras? Guía práctica N° 02 [ubicado el 10.X del 2017]. Obtenido en http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/GUIAS_PRACTICAS/Guia%20Practica%202_Determinacion%20del%20mejor%20puntaje%20en%20obras%20%20VF.pdf.
64. OSCE. Procedimiento para el perfeccionamiento del contrato [ubicado el 10.X del 2017]. Obtenido en http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m4a.pdf.
65. PAUCH, Payo. Algunas reflexiones sobre la sostenibilidad ambiental en el Perú 2013 [ubicado el 01.VI.2017]. Obtenido en <https://www.servindi.org/actualidad/95346>.
66. QUIJADA TACURI, Víctor Hugo. La determinación de la responsabilidad en los regímenes laborales o contractuales en la administración pública [ubicado el 12.V del 2016]. Obtenido en <http://www.acpuju.com/2011/05/articulo-la-determinacion-de-la-responsabilidad-en-los-regimenes-laborales-o-contractuales-en-la-administracion-publica/>.
67. RAMÍREZ ZAMORA, Marco Aurelio. Introducción al Contrato Administrativo en el Marco del Régimen de Contratación Estatal. Una Aproximación a las Prerrogativas Desbordantes de los Contratos que Celebran las Entidades en el Marco del Régimen de Contratación Estatal [ubicado el 25.VIII del 2017]. Obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/viewFile/16358/16764>.
68. RC CONSULTING, Escuela de Gobierno y Gestión Pública. Obras públicas [obtenido el 26.IX del 2017]. Obtenido en <https://rc-consulting.org/blog/2017/06/una-obra-publica/>.

69. SALAZAR, CARLOS. Principio generales de la Contratación Pública, 2017 [Ubicado el 23.IV 2017]. Obtenido en http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/692_carlos_salazar.pdf.
70. SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo. Introducción a la contratación estatal [ubicado el 12 de XI del 2015]. Obtenido en [http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1\(2\).pdf](http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1(2).pdf).
71. SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo. El Concepto y los Factores de los Contratos de la Administración Pública como Referentes Necesarios para el Desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú [ubicado el 11 de XI del 2015]. Obtenido en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/12/el-concepto-y-los-factores-de-los-contratos-de-la-administracion-publica-como-referentes-necesarios-para-el-desarrollo-del-sistema-de-contratacion-en-el-peru/>.
72. SEI QUER. AUDITORES Y CONSULTORES. Manual práctico para la aplicación de la Ley 9/2017 [ubicado el 29.V del 2018]. Obtenido en <http://www.adlas.es/descargas/perfil/manual-ley9-2017.pdf>.
73. TRIVEÑO DAZA, Daniel. Gestión de las obras públicas [ubicado el 28.VIII del 2018]. Obtenido en http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/obras_publicas.pdf.
74. UNIVERSIDAD DE LIMA. Procedimiento y ejecución de obras públicas [ubicado el 18.X del 2017]. Obtenido en <http://www.ulima.edu.pe/ciec/cec-catalogo/procedimiento-y-ejecucion-de-obras-publicas>.
75. VOLIO CORDERO, Kathia. Los principios de la contratación administrativa. Un análisis del voto N°.998-98 de la Sala Constitucional, 2016 [ubicado el 05.XI 2016]. Obtenido en www.cifh.sidovih/cursos/material_de_apoyoPIC1erT2011/MaterialApoyocursosCIFH/1_DefinicRequerTecElaboracCartel/Losprincipiosdelacontratacionadministrativa.pdf.